



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 1980 Vol. 1

1^{er} cahier, 1980 Vol. 1

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 1, 1980

1^{er} volume, 1980

Hazel Maggie Jennie Harper (*Plaintiff*)
Appellant;

and

Eldon Stewart Harper (*Defendant*)
Respondent.

1979: May 10; 1979: June 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Husband and wife — Divorce — Interest of divorced wife in matrimonial home — Discretionary jurisdiction of trial judge — Review of trial judge's discretion — Family Relations Act, 1972 (B.C.), c. 20, s. 8.

Evidence — Court of Appeal misled by wrongful assertion in notice of appeal as to title to property — Motion for leave to adduce new evidence — Motion granted — Party not disclosing true facts — Candour expected from counsel and solicitors.

The appellant, the divorced wife of the respondent, brought an action claiming an undivided one-half interest in what was their matrimonial home. The action proceeded through trial and to the British Columbia Court of Appeal on the footing that the title to the property was, as between the respondent and the Director of the *Veterans' Land Act* in the Director who was shown as the registered owner under the British Columbia *Land Registry Act*. The house on the property had been constructed through financing arrangements under the *Veterans' Land Act*, now R.S.C. 1970, c. V-4, as amended, and title was put in the name of the Director pursuant to that Act.

The appellant brought her action under the *Family Relations Act*, 1972 (B.C.), c. 20, on May 9, 1975. Prior to the enactment of this statute, she had commenced a so-called trust action in 1971 when she was still formally married to the respondent, and a *lis pendens* was registered against the property in that action. It, however, remained dormant and she later sought relief under s. 8 of the *Family Relations Act*.

Hazel Maggie Jennie Harper
(*Demanderesse*) *Appelante;*

et

Eldon Stewart Harper (*Défendeur*) *Intimé.*

1979: 10 mai; 1979: 28 juin.

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

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

Mari et femme — Divorce — Droit de l'épouse divorcée sur le domicile conjugal — Pouvoirs discretionnaires du juge de première instance — Révision de la décision du juge de première instance fondée sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire — Family Relations Act, 1972 (C.-B.), chap. 20, art. 8.

Preuve — La Cour d'appel a été induite en erreur par la fausse affirmation contenue dans l'avis d'appel relativement au titre de propriété — Requête visant la production de nouveaux éléments de preuve — Requête accordée — Une partie n'a pas révélé les faits réels — Attente de bonne foi de la part des avocats et procureurs.

L'appelante, ex-épouse de l'intimé, a intenté une action réclamant une moitié indivise de l'ancien domicile conjugal. En première instance et devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, l'action a été entendue et jugée en partant de la prémisse, qu'à l'égard de Harper vis-à-vis du Directeur des terres destinées aux anciens combattants, le titre de propriété était inscrit au nom du Directeur dont le nom figurait à titre de propriétaire enregistré en vertu de la *Land Registry Act* de la Colombie-Britannique. La maison située sur le terrain a été construite avec une aide financière obtenue en vertu de la *Loi sur les terres destinées aux anciens combattants*, maintenant S.R.C. 1970, chap. V-4 et modifications, et le titre de propriété y afférent a été enregistré au nom du Directeur en conformité de cette loi.

L'appelante a intenté son action le 9 mai 1975 en vertu de la *Family Relations Act*, 1972 (C.-B.), chap. 20. Avant l'entrée en vigueur de cette loi, elle avait introduit, en 1971, ce qu'on a appelé une action fondée sur une fiducie alors qu'elle était encore officiellement mariée à l'intimé et un avis de *lis pendens* a en conséquence été enregistré contre la propriété. L'action est demeurée en suspens; par la suite, l'appelante a tenté d'obtenir un redressement en vertu de l'art. 8 de la *Family Relations Act*.

In her statement of claim, dated August 8, 1975, the appellant asserted, which was a fact, that the property in question was occupied by the respondent and was registered in the name of the Director of the *Veterans' Land Act*. The appellant alleged that the "lands and premises were purchased by the Plaintiff and Defendant on or about May 8th, 1962 with funds borrowed jointly from the Port Alberni Credit Union and were transferred into the name of the Director of the *Veterans' Land Act* on the 13th of August 1962". She also alleged that the "lands and premises were used as the matrimonial home by the Plaintiff and Defendant from the date of the completion of the construction of the premises on or about June 1st, 1963 until the 21st day of December 1968, when the Plaintiff left the matrimonial home, fearing for her mental health".

Alleging, further, that the ownership of the land and premises had always been considered a joint venture, the appellant claimed an undivided half interest in the property "as a result of her contributions towards the economic wealth of the family as a whole". The respondent denied the aforementioned allegations, and the case went to trial accordingly. The trial judge concluded, on the evidence and notwithstanding that the registered title was in the Director of the *Veterans' Land Act*, that the appellant should have a one-quarter interest in the net value of the property. He noted that the respondent had remarried and that the appellant planned to remarry.

On appeal, the British Columbia Court of Appeal allowed the appeal on the ground that the now respondent had no interest in the property which was entirely in the Director of the *Veterans' Land Act*.

Leave to appeal to this Court was given principally to consider the validity and applicability of the *Veterans' Land Act* and, in the result, both the Attorney General of British Columbia and the Attorney General of Canada intervened.

A motion by the appellant in this Court, returnable at the hearing of the appeal, to adduce fresh evidence by way of an affidavit sworn by Douglas E. Humphrey, Director, Property and Securities Division, in the *Veterans' Land Act* Administration, was granted, with reasons to be delivered later. The affidavit disclosed that on July 29, 1974, the respondent applied to the Regional Director, *Veterans' Land Act* for a conveyance to him of the property in which title had theretofore been in the Director of the *Veterans' Land Act*. A conveyance dated July 31, 1974, was executed in the respondent's favour and, pursuant to a letter from the Royal Bank of

Dans sa déclaration, datée du 8 août 1975, l'appelante affirme à juste titre que la propriété en question était habitée par l'intimé et enregistrée au nom du Directeur des terres destinées aux anciens combattants. L'appelante prétend que [TRADUCTION] «le terrain et la maison ont été achetés par la demanderesse et le défendeur vers le 8 mai 1962 avec de l'argent emprunté conjointement à Port Alberni Credit Union et ont été enregistrés au nom du Directeur des terres destinées aux anciens combattants le 13 août 1962.» Elle prétend également que [TRADUCTION] «le terrain et la maison ont servi de domicile conjugal à la demanderesse et au défendeur à compter de l'achèvement de la construction de la maison vers le 1^{er} juin 1963 jusqu'au 21 décembre 1968, date à laquelle la demanderesse a quitté le domicile conjugal, craignant pour sa santé mentale.»

Alléguant en outre que la propriété du terrain et de la maison a toujours été considérée comme une entreprise commune, l'appelante réclame une moitié indivise de la propriété [TRADUCTION] «pour sa contribution au bien-être économique de la famille dans son ensemble». L'intimé a nié les allégations susmentionnées et l'affaire a suivi son cours. Le juge de première instance a conclu d'après la preuve et nonobstant le fait que le titre de propriété était enregistré au nom du Directeur des terres destinées aux anciens combattants, que l'appelante avait droit au quart de la valeur nette de la propriété. Il a fait remarquer que l'intimé s'était remarié et que l'appelante projetait de se remarier.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel au motif que l'intimé en l'espèce n'avait aucun droit sur la propriété, cette dernière étant enregistrée au nom du Directeur des terres destinées aux anciens combattants.

L'autorisation d'interjeter appel devant cette Cour a essentiellement été accordée pour étudier la validité et l'applicabilité de la *Loi sur les terres destinées aux anciens combattants* et, en conséquence, le procureur général de la Colombie-Britannique et le procureur général du Canada sont tous deux intervenus.

La requête de l'appelante, visant la production de nouveaux éléments de preuve, présentée à l'audition du pourvoi qui consiste en un affidavit signé par Douglas E. Humphrey, Directeur de la Division des propriétés et valeurs à l'Office de l'établissement agricole des anciens combattants a été accordée, les motifs devant être prononcés plus tard. L'affidavit révèle que le 29 juillet 1974, l'intimé a demandé au Directeur régional des terres destinées aux anciens combattants de lui céder la propriété dont le Directeur des terres destinées aux anciens combattants détenait le titre. Un acte de cession daté du 31 juillet 1974 a été signé en faveur de l'intimé

Canada which had advanced \$5,916.69 to discharge the respondent's indebtedness under the *Veterans' Land Act*, the conveyance was sent to the bank to be held as security.

Held (Pigeon, Estey, Pratte and McIntyre JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed and a one-third interest awarded to the appellant in the property, the calculation of the value of the appellant's interest to be subject to the prior claim of the Royal Bank of Canada for the sum of \$5,916.69 advanced by it to discharge the respondent's indebtedness on the property and the respondent to register his title thereto forthwith in the appropriate Land Registry Office.

Per Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson and Beetz JJ.: The special grounds for the admission of new evidence by this Court under the proviso to s. 67 of the *Supreme Court Act* include a situation where there has been a failure of an officer of the Court, e.g. a trustee in bankruptcy, to bring all the relevant matters to the Court's attention, although the matters were not newly discovered but existed before trial. Equally, they will yield to a situation where a solicitor as an officer of the Court has not brought to the Court's attention pre-existing matters of which he had knowledge or where a party to the proceedings has misled the Court as to facts in issue or has misled his own solicitor or counsel, with the result that the action has proceeded on an erroneous factual basis.

The Court of Appeal was misled by the assertion in the now respondent's notice of appeal that "legal title" to the property was in the Director of the *Veterans' Land Act*. In fact, as between the respondent and the Director it was in the respondent long before the action was begun. The transfer of title to the respondent did not become known to appellant's counsel until the leave to appeal to this Court was granted.

There was no justification for the resistance of counsel for the respondent to the admission of the evidence contained in the Humphrey affidavit. Its admission would mean only that the constitutional issue could be put to one side and the claim of the appellant determined on a proper factual basis as between her and the respondent. Refuge in the pleadings at trial and in the record at trial, as sought by counsel for the respondent, irrespective of the wrongful assertion as to title by the respondent on appeal to the Court of Appeal and, again, in his affidavit on taxation of costs after the appeal was determined in his favour, would mean insistence on a state of facts which were untrue and which would

et, conformément à une lettre de la Banque Royale qui avait avancé la somme de \$5,916.69 pour rembourser la dette de l'intimé en vertu de la *Loi sur les terres destinées aux anciens combattants*, l'acte de cession a été envoyé à la banque pour qu'elle le retienne à titre de garantie.

Arrêt (les juges Pigeon, Estey, Pratte et McIntyre dissidents en partie): Il y a lieu d'accueillir le pourvoi et d'ordonner que l'appelante reçoive un droit d'un tiers dans la propriété dont la valeur devra être calculée sous réserve du droit de créance antérieur de la Banque Royale du Canada au montant de \$5,916.69, somme avancée pour permettre à l'intimé de rembourser sa dette relative à la propriété, et que l'intimé enregistre immédiatement son titre au bureau d'enregistrement des titres de bien-fonds.

Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson et Beetz: Les motifs particuliers régissant l'admissibilité de nouveaux éléments de preuve par cette Cour en vertu de l'exception prévue à l'art. 67 de la *Loi sur la Cour suprême* comprennent le cas où un officier de justice, par exemple un syndic de faillite, omet de porter tous les faits pertinents à l'attention de la Cour même si l'existence de ces faits était connue avant le procès. Ils comprennent également le cas où un avocat, en tant qu'officier de justice, n'a pas porté à l'attention de la Cour des faits préexistants qu'il connaissait, et le cas où une partie aux procédures a induit la Cour ou son propre avocat en erreur sur les faits en litige, avec le résultat que l'action a été entendue et jugée sur la base de faits erronés.

La Cour d'appel a été induite en erreur par l'affirmation contenue dans l'avis d'appel de l'intimé en l'espèce selon laquelle le «titre juridique» de propriété à l'égard des biens était au nom du Directeur des terres destinées aux anciens combattants. En réalité, à l'égard de l'intimé vis-à-vis du Directeur, l'intimé détenait le titre de propriété longtemps avant l'introduction de l'action. L'avocat de l'appelante n'a pas su que le titre de propriété avait été transmis à l'intimé avant que l'autorisation d'appeler à cette Cour ait été accordée.

Rien ne justifiait l'opposition de l'avocat de l'intimé à la réception de l'affidavit de M. Humphrey. Cela signifiait seulement que la question d'ordre constitutionnel pouvait être mise de côté et que la revendication de l'appelante pouvait être tranchée sur la base des faits véritables entre elle et l'intimé. Chercher refuge dans les procédures écrites et le dossier de première instance, comme a tenté de le faire l'avocat de l'intimé, sans égard à la déclaration fautive de l'intimé sur le titre de propriété devant la Cour d'appel et dans son affidavit aux fins de la taxation des frais après avoir eu gain de cause en appel, équivalait à insister sur des faits erronés et à engager la Cour dans un litige constitutionnel inutile eu

involve this Court in a constitutional exercise which would be unnecessary if the truth had been told.

The new evidence sought to be adduced would not have involved any change in the cause of action, but bespoke a failure of candour by the respondent in order to take advantage of the appellant if he could. No Court can condone attempts to mislead it; and if the respondent put his counsel in an unenviable position, the Court was entitled to have their co-operation in clarifying the record once they became aware of the true state of the title.

As to the merits of the appellant's claim, the question was whether the trial judge's award of a one-quarter interest in the property should be affirmed and the appeal allowed accordingly, or whether a larger interest should be awarded. Although an appellate Court, and especially an ultimate Court, should ordinarily refrain from interfering with the exercise by a trial judge of the type of broad discretionary jurisdiction conferred by s. 8 of the *Family Relations Act*, there was the fact that the trial judge acted on certain irrelevant considerations and ignored relevant ones and that the Court of appeal was misled as to the legal title and thus did not address itself to the exercise of the discretionary authority of the trial judge. In all the circumstances, it would be equitable and just that the appellant be awarded a one-third interest in the property, and that it be based on the present value of the property, less the sum of \$5,916.69 advanced by the Royal Bank to discharge the respondent's indebtedness to the Director of the *Veterans' Land Act*.

Dormuth and Ursel v. Untereiner and Muskovitch, [1964] S.C.R. 122; *Brown v. Gentleman*, [1971] S.C.R. 501; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436, referred to.

Per Pigeon, Estey, Pratte and McIntyre JJ., *dissenting in part*: The fundamental question raised in this Court was narrow and simple. Should this Court, on the record of this appeal, review the exercise of the discretion of the trial judge under s. 8 of the *Family Relations Act*? An appellate Court should be extremely reluctant to interfere with the exercise of a discretionary power by a trial judge. However, there are cases where justice demands that the exercise of discretion be reviewed. This was one such case because the trial judge had proceeded on the basis of certain irrelevant and erroneous considerations. Also, the new evidence adduced in this Court raised serious questions as to the credibility of the respondent, and it was not at all clear that the trial judge would have reached the conclusion that he did had

égard aux faits véritables.

L'admission des nouveaux éléments de preuve ne change rien à la cause d'action mais en s'y opposant, l'intimé a révélé sa mauvaise foi et tenté de prendre avantage de l'appelante. Aucune cour ne peut excuser des tentatives de l'induire en erreur; et même si l'intimé a placé ses avocats dans une situation peu enviable, la Cour a le droit de s'attendre à leur collaboration afin de clarifier le dossier dès que ceux-ci ont connu l'état véritable du titre de propriété.

Sur le fond, la revendication de l'appelante soulève la question de savoir si le jugement du juge de première instance accordant un droit d'un quart dans la propriété devrait être confirmé et le pourvoi accueilli en conséquence ou si un droit plus étendu devrait être accordé. Même si une cour d'appel et particulièrement une cour de dernière instance doit habituellement éviter d'intervenir dans l'exercice par un juge de première instance des larges pouvoirs discrétionnaires prévus à l'art. 8 de la *Family Relations Act*, il ne faut pas oublier que le juge s'est fondé sur certaines considérations non pertinentes et en a méconnu d'autres qui étaient pertinentes et que la Cour d'appel a été induite en erreur relativement au titre juridique de propriété et ne s'est donc pas penchée sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance. Dans ces circonstances, il est équitable et juste d'accorder à l'appelante un droit d'un tiers de la valeur actuelle de la propriété, moins le montant de \$5,916.69 avancé par la Banque Royale pour permettre à l'intimé de rembourser sa dette envers le Directeur des terres destinées aux anciens combattants.

Jurisprudence: *Dormuth et Ursel c. Untereiner et Muskovitch*, [1964] R.C.S. 122; *Brown c. Gentleman*, [1971] R.C.S. 501; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436.

Les juges Pigeon, Estey, Pratte et McIntyre, *dissentants en partie*: La question fondamentale soulevée devant cette Cour est à la fois précise et simple. A la lumière du dossier d'appel, cette Cour doit-elle réviser la décision du juge de première instance fondée sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré à l'art. 8 de la *Family Relations Act*? Une cour d'appel doit avoir beaucoup de répugnance à modifier la décision du juge de première instance fondée sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Cependant, il existe des cas où la justice exige la révision d'une décision fondée sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Il s'agit d'un tel cas ici parce que le juge de première instance s'est fondé sur des considérations non pertinentes et erronées. De plus, les nouveaux éléments de preuve présentés devant cette

he been made aware of the true facts.

It was impossible to weigh the relative contributions of the spouses to the joint venture, and it would require a very extensive and elaborate hearing to thrash out in detail all the admissible evidence that could be garnered in support of their completing claims with respect to the acquisition of this home. Family law as it has evolved in this country has not found it necessary or indeed in the public interest to require parties to these differences to so litigate their disputes.

A court exercising its discretion under s. 8 of the *Family Relations Act* is not in any way bound by the line of cases in this Court and in England which have limited the discretion of a trial judge under the various *Married Women's Property Act* statutes. Also, as was the view of Hinkson J.A. in *Deleeuw v. Deleeuw* (1977), 5 B.C.L.R. 106, it is not a necessary prerequisite to obtaining relief pursuant to the provisions of s. 8 that an applicant "show that he or she has in some real way contributed to the acquisition of the property in question or has done something to enhance or maintain its value ..."

It has become a reality of life and indeed of family law, at least in the common law provinces of this country, that trial judges in all levels of the courts have recognized as a general principle that the husband and wife divide up family properties on a 50/50 basis unless the circumstances otherwise require. There may be a great number of instances where the general rule of 50/50 is moderated or adjusted by reason of the origin of specific assets or by reason of unusual contributions.

While it might be said that the recognition of the one-half interest in the wife is judicial legislation bringing about a community of property without expressly so stating and without deferring on such a policy matter to the Legislature, such was not the case, even though in many provinces such a result has been reached by legislation. The realities of life today require a recognition in the courts that the parties enter into not the marital contract but the ensuing social joint venture on the basis that each spouse will play his or her assigned role without deliberate and final agreement, and certainly without daily or periodic accounting. The common and basic intent is clearly a sharing of the good with the bad, the debts and the assets.

Cour mettent sérieusement en question la crédibilité de l'intimé et il est loin d'être évident que le juge de première instance serait parvenu à la même conclusion s'il avait connu la vérité.

Il est impossible d'évaluer les contributions respectives des conjoints dans l'entreprise commune. Il aurait fallu une audition très détaillée et poussée pour vider la question de la preuve admissible à l'appui des revendications de chaque conjoint relativement à l'acquisition de cette maison. D'après le droit de la famille qui s'est élaboré dans notre pays, on n'a jugé ni nécessaire ni dans l'intérêt public d'exiger des parties à un tel conflit qu'elles débattent ces questions de cette façon.

Une cour exerçant le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 8 de la *Family Relations Act* n'est aucunement liée par la jurisprudence de cette Cour ni de celles de l'Angleterre aux termes de laquelle le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance est limité sous le régime des lois dites *Married Women's Property Act*. Également, comme l'a fait observer le juge Hinkson de la Cour d'appel dans *Deleeuw v. Deleeuw* (1977), 5 B.C.L.R. 106, on ne peut conclure que pour obtenir un redressement en application de l'art. 8 la partie requérante doit, au préalable, [TRADUCTION] «établir qu'elle a réellement contribué à l'acquisition des biens en question ou à l'augmentation ou à la conservation de leur valeur ...»

C'est maintenant une réalité sociale reflétée dans le droit de la famille, du moins dans les provinces de *common law*, et les juges, à tous les paliers judiciaires, reconnaissent comme principe général que les conjoints se partagent en parts égales les biens de la famille sauf dans des circonstances particulières. Il peut y avoir bien des cas où il y a lieu de modifier ou atténuer la règle du partage en parts égales pour tenir compte de l'origine de certains biens ou de contributions inhabituelles.

Bien que l'on puisse prétendre que cette reconnaissance du droit de l'épouse à une part égale constitue l'établissement implicite du régime de la communauté de biens par droit prétorien sans soumettre cette question de principe à la législature, ce n'est pas le cas, même si dans plusieurs provinces c'est précisément ce que la législature a décrété. Les réalités sociales contemporaines exigent des tribunaux qu'ils reconnaissent le fait que les parties ne passent pas un contrat matrimonial mais s'engagent dans une entreprise commune où chaque conjoint jouera le rôle qui lui est assigné sans conclure d'entente précise et arrêtée et encore moins tenir de comptabilité quotidienne ou périodique. En général, les époux s'engagent plutôt à partager les bonnes affaires comme les mauvaises et les dettes comme les profits.

In this proceeding it was clear that the wife was not forced to found her claim to an interest in the husband's property on the fact of marriage alone. The process of valuation of contribution has its economic limits when applied to an interspousal dispute. Here the record revealed sufficient of their respective contributions to allow allocation by approximation. The trial judge had misdirected himself and thereby the exercise of discretion became reviewable. A proper exercise of discretion would find the wife entitled to a one-half interest in the matrimonial home.

The appeal should be allowed and an order directed that the lands and premises be valued at the date of judgment either by agreement between the parties or in a manner as provided, and that there be deducted from such valuation (a) the sum of \$5,916.69 being the moneys paid by the respondent to the Director, *Veterans' Land Act*, and (b) the sum of \$3,786 being the contribution by the husband to the premises, and that the net remaining value be divided one-half to the appellant and one-half to the respondent; and that the respondent register his title to the lands forthwith in the appropriate Land Registry Office.

APPEAL by the plaintiff from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia, reversing a judgment of Stewart L.J.S.C., in an action taken pursuant to s. 8 of the *Family Relations Act*, 1972 (B.C.), c. 20. Appeal allowed and a one-third interest awarded to the appellant, Pigeon, Estey, Pratte and McIntyre JJ. dissenting in part.

Robert Doell and *Miss Deborah Acheson*, for the plaintiff, appellant.

John W. Horn, for the defendant, respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson and Beetz JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal, which is here by leave of this Court granted on March 7, 1978, concerns the entitlement of the appellant, the divorced wife of the respondent, to an interest in what was their matrimonial home. The action proceeded through trial and to appeal to the British Columbia Court of Appeal on the footing that the title to the property was, as between the respondent Harper and the Director of the *Veter-*

En l'espèce, il est manifeste que l'épouse n'est pas tenue de baser sur le seul mariage sa revendication d'un droit sur la propriété de l'époux. La conclusion du juge de première instance l'établit clairement. L'évaluation des contributions des parties connaît des limites lorsqu'il s'agit d'un conflit entre conjoints. En l'espèce, le dossier contient suffisamment de preuve de contributions respectives pour permettre une évaluation approximative. Le juge de première instance s'est fondé sur des motifs erronés et, en conséquence, sa décision basée sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire est révisable. S'il avait bien exercé ce pouvoir discrétionnaire, le juge aurait accordé à l'épouse la moitié du domicile conjugal.

Il faut donc accueillir le pourvoi et ordonner que la valeur dudit terrain et de la maison soit établie à la date du jugement, soit par entente entre les parties soit de la manière prévue, et que soient déduites du montant de l'évaluation a) la somme de \$5,916.69 représentant le montant payé par l'intimé au Directeur des terres destinées aux anciens combattants et b) la somme de \$3,786 représentant la contribution de l'époux à l'amélioration des lieux et que le solde net soit divisé en deux parts égales entre l'appelante et l'intimé; et ordonner que l'intimé enregistre son titre au bureau d'enregistrement des titres de bien-fonds approprié.

POURVOI par la demanderesse à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui infirmait le jugement du juge local Stewart de la Cour suprême, dans une action intentée en vertu de l'art. 8 de la *Family Relations Act*, 1972 (C.-B.), chap. 20. Le pourvoi est accueilli et un droit d'un tiers est accordé à l'appelante, les juges Pigeon, Estey, Pratte et McIntyre étant dissidents en partie.

Robert Doell et *Miss Deborah Acheson*, pour la demanderesse, appelante.

John W. Horn, pour le défendeur, intimé.

Version française du jugement des juges Martland, Ritchie, Dickson et Beetz rendu par

LE JUGE EN CHEF—Interjeté sur autorisation de cette Cour accordée le 7 mars 1978, le pourvoi a pour objet le droit de propriété de l'appelante, ex-épouse de l'intimé, sur l'ancien domicile conjugal. En première instance et en appel, l'action a été entendue et jugée en partant de la prémisse, qu'à l'égard de Harper vis-à-vis du Directeur des terres destinées aux anciens combattants, le titre de propriété était inscrit au nom du Directeur dont le

ans' Land Act in the Director who was and is shown as the registered owner under the British Columbia *Land Registry Act*. The house on the property had been constructed through financing arrangements under the *Veterans' Land Act*, now R.S.C. 1970, c. V-4, as amended, and title was put in the name of the Director pursuant to that Act.

The appellant brought her action under the *Family Relations Act*, 1972 (B.C.), c. 20, on May 9, 1975. Prior to the enactment of this statute, she had commenced a so-called trust action in 1971 when she was still formally married to the respondent, and a *lis pendens* was registered against the property in that action. It has, however, remained dormant and she later sought relief under s. 8 of the *Family Relations Act*, which reads as follows:

8. (1) Where the court makes an order for dissolution of marriage or judicial separation, or declaring a marriage to be null and void, and it appears that a spouse is entitled to any property, it may, not more than two years from the date of the order, make any order that, in its opinion, should be made to provide for the application of all or part of the property, including settled property, for the benefit of either or both spouses or a child of a spouse or of the marriage.

(2) Where the court makes an order under subsection (1), it may order that the property be sold and direct the disposition of the proceeds.

In her statement of claim, dated August 8, 1975, the appellant asserted, which was a fact, that the property in question was occupied by the respondent and was registered in the name of the Director of the *Veterans' Land Act*. Paragraphs 6 and 7 of the statement of claim are as follows:

The aforesaid lands and premises were purchased by the Plaintiff and Defendant on or about May 8th, 1962 with funds borrowed jointly from the Port Alberni Credit Union and were transferred into the name of the Director of the *Veterans' Land Act* on the 13th of August 1962.

The aforesaid lands and premises were used as the matrimonial home by the Plaintiff and Defendant from the date of the completion of the construction of the

nom figurait et figure toujours à titre de propriétaire enregistré en vertu de la *Land Registry Act* de la Colombie-Britannique. La maison située sur le terrain a été construite avec une aide financière obtenue en vertu de la *Loi sur les terres destinées aux anciens combattants*, maintenant S.R.C. 1970, chap. V-4 et modifications, et le titre de propriété y afférent a été enregistré au nom du Directeur en conformité de cette loi.

L'appelante a intenté son action le 9 mai 1975 en vertu de la *Family Relations Act*, 1972 (C.-B.), chap. 20. Avant l'entrée en vigueur de cette loi, elle avait introduit, en 1971, ce qu'on a appelé une action fondée sur une fiducie alors qu'elle était encore officiellement mariée à l'intimé et un avis de *lis pendens* a en conséquence été enregistrée contre la propriété. L'action est demeurée en suspens; par la suite, l'appelante a tenté d'obtenir un redressement en vertu de l'art. 8 de la *Family Relations Act*, dont voici le texte:

[TRADUCTION] 8. (1) Lorsqu'une cour prononce une ordonnance de dissolution de mariage ou de séparation judiciaire, ou déclare un mariage nul, et qu'il appert qu'un conjoint a un droit sur certains biens, elle peut, dans les deux ans de la date de l'ordonnance, rendre l'ordonnance qu'elle juge appropriée relativement à la totalité ou une partie des biens, y compris les biens à l'égard desquels il existe une disposition, pour le bénéfice d'un ou des conjoints ou d'un enfant d'un conjoint ou du mariage.

(2) Lorsqu'elle prononce une ordonnance en vertu du paragraphe (1), la cour peut ordonner la vente des biens et la répartition du produit de la vente.

Dans sa déclaration, datée du 8 août 1975, l'appelante affirme à juste titre que la propriété en question était habitée par l'intimé et enregistrée au nom du Directeur des terres destinées aux anciens combattants. Voici le texte des par. 6 et 7 de sa déclaration:

[TRADUCTION] Le terrain et la maison susmentionnés ont été achetés par la demanderesse et le défendeur vers le 8 mai 1962 avec de l'argent emprunté conjointement à Port Alberni Credit Union et ont été enregistrés au nom du Directeur des terres destinées aux anciens combattants le 13 août 1962.

Le terrain et la maison susmentionnés ont servi de domicile conjugal à la demanderesse et au défendeur à compter de l'achèvement de la construction de la maison

premises on or about June 1st, 1963 until the 21st day of December 1968, when the Plaintiff left the matrimonial home, fearing for her mental health.

Alleging, further, that the ownership of the land and premises had always been considered a joint venture, the appellant claimed in para. 9 of her statement of claim an undivided half interest in the property "as a result of her contributions towards the economic wealth of the family as a whole". The respondent denied the allegations in paras. 6, 7 and 9 above mentioned, and the case went to trial accordingly. The trial judge, His Honour Judge Stewart, acting as a Local Judge of the Supreme Court of British Columbia, concluded, on the evidence and notwithstanding that the registered title was in the Director of the *Veterans' Land Act*, that the appellant should have a one-quarter interest in the net value of the property. He noted that the respondent had remarried and that the appellant planned to remarry. He said this in the concluding portion of his reasons:

As far as I can judge each party was as much to blame as the other for the breakdown of their marriage. No attempt at reconciliation was made by either. The defendant eventually obtained the divorce some five years after the separation and at that time the plaintiff made no effort to advance a claim to the home property. Thereafter the defendant started to build a new life for himself around the home in which the plaintiff claims a half interest. His new wife has invested a substantial amount in improvements. He has one child of the marriage with him. He is contributing to the maintenance of those now with the plaintiff. I have concluded that an allocation equivalent to a one-quarter interest in the net value of the property would be fair.

If the parties are unable to agree on value and the steps required to give effect to this application of the property, I will deal with the matter after hearing counsel, who may also wish to speak to costs.

The respondent appealed on May 5, 1976, being represented on the hearing of the appeal by Mr. J. W. Horn. His counsel at the trial was R.A. Scoffield, who also signed the notice of appeal. That notice contained the following assertions in paras. 1 and 2 thereof:

1. The learned Judge erred in the law in holding that the Appellant is a spouse "entitled to . . . property" the

vers le 1^{er} juin 1963 jusqu'au 21 décembre 1968, date à laquelle la demanderesse a quitté le domicile conjugal, craignant pour sa santé mentale.

Alléguant en outre que la propriété du terrain et de la maison a toujours été considérée comme une entreprise commune, l'appelante réclame, au par. 9 de sa déclaration, une moitié indivise de la propriété [TRADUCTION] «pour sa contribution au bien-être économique de la famille dans son ensemble». L'intimé a nié les allégations contenues aux par. 6, 7 et 9 et l'affaire a suivi son cours. Le juge de première instance, l'honorable juge Stewart, agissant à titre de juge local de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, a conclu d'après la preuve et nonobstant le fait que le titre de propriété était enregistré au nom du Directeur des terres destinées aux anciens combattants, que l'appelante avait droit au quart de la valeur nette de la propriété. Il a fait remarquer que l'intimé s'était remarié et que l'appelante projetait de se remarier. Il a déclaré à la fin de ses motifs:

[TRADUCTION] A mon avis, chaque partie est responsable de l'échec du mariage. Elles n'ont tenté aucune réconciliation. Le défendeur a obtenu le divorce après cinq ans de séparation et, à cette époque, la demanderesse n'a présenté aucune réclamation concernant la maison. Par la suite, le défendeur a refait sa vie et continué d'habiter la maison dont la demanderesse réclame la moitié de la propriété. Son épouse en secondes noces a investi des sommes considérables en améliorations. Le défendeur a la garde d'un enfant du mariage et il subvient aux besoins de ceux dont la demanderesse a la garde. Je conclus que l'attribution du quart de la valeur nette de la propriété est équitable.

Si les parties ne peuvent s'entendre sur la valeur et sur les démarches nécessaires pour donner effet à cette répartition du droit de propriété, j'étudierai la question après avoir entendu les avocats sur ce sujet et sur les dépens s'ils le désirent.

L'intimé a interjeté appel le 5 mai 1976, étant représenté, à l'audition de l'appel, par M^e J. W. Horn. C'est M^e R. A. Scoffield qui était son avocat en première instance et qui a signé l'avis d'appel. Les paragraphes 1 et 2 de cet avis contiennent les déclarations suivantes:

[TRADUCTION] 1. Le savant juge a commis une erreur de droit en jugeant que l'appellant est un conjoint ayant

subject of the case at bar, where the legal title to such property is held by the Director, the *Veterans' Land Act*.

2. The learned Judge erred in law in holding that the Respondent is a spouse "entitled to . . . property" the subject of the case at bar, where the legal title to such property is held by the Director, the *Veterans' Land Act*.

In his factum on the appeal, counsel for the appellant, respondent on the appeal to the British Columbia Court of Appeal, said this in para. 7 of the factum:

The indebtedness of the Director was retired in 1974 but the husband has not exercised his right pursuant to s. 11 of the *Veterans' Land Act* to call for title to be placed in his name.

An affidavit produced in support of the now respondent Harper pointed out that there was nothing in the record to support the aforementioned statement.

The British Columbia Court of Appeal allowed the appeal on the ground that the now respondent had no interest in the property which was entirely in the Director of the *Veterans' Land Act*. In the course of his reasons for the Court, Farris C.J.B.C. said this:

. . . The title to the land has remained in the Director ever since the conveyance to him. At the trial, no evidence apparently was led to show . . . the present state of the account between the veteran husband and the Director.

Mr. Doell, Counsel for the wife Respondent, was unable to point to any evidence in the Appeal Book to support his statement in the factum, paragraph 7, that the indebtedness of the Director was retired in 1974. So that is the factual situation. It is clear to me, from an examination of the documents, that the arrangements with the Director of *Veterans' Land Act*, were made pursuant to Part II of the *Veterans' Land Act*.

Section 59(1) provides for a reconveyance by the Director to the veteran, when all the necessary payments have been made. We do not know from the evidence

un «droit sur [les] . . . biens» qui font l'objet du présent litige lorsque c'est le Directeur des terres destinées aux anciens combattants qui détient le titre juridique de propriété à l'égard de ces biens.

2. Le savant juge a commis une erreur de droit en jugeant que l'intimée est un conjoint ayant un «droit sur [les] . . . biens» qui font l'objet du présent litige lorsque c'est le Directeur des terres destinées aux anciens combattants qui détient le titre juridique de propriété à l'égard de ces biens.

Dans son factum présenté en appel, l'avocat de l'appelante, intimée devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, déclare au par. 7:

[TRADUCTION] La dette envers le Directeur a été remboursée en 1974 mais l'époux n'a pas exercé son droit de demander le transfert du titre de propriété à son nom en vertu de l'art. 11 de la *Loi sur les terres destinées aux anciens combattants*.

Selon un affidavit produit par Harper, intimé devant nous, rien dans le dossier n'étaye cette déclaration.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel au motif que l'intimé en l'espèce n'avait aucun droit sur la propriété, cette dernière étant enregistrée au nom du Directeur des terres destinées aux anciens combattants. Dans ses motifs rédigés au nom de la Cour, le juge en chef Farris écrit:

[TRADUCTION] . . . Le Directeur a toujours conservé le titre de propriété sur le bien-fonds depuis qu'il lui a été cédé. En première instance, il semble qu'on n'ait présenté aucune preuve tendant à établir . . . l'état actuel du compte entre l'époux ancien combattant et le Directeur.

M^e Doell, avocat de l'épouse intimée, n'a pu citer aucun extrait du dossier d'appel à l'appui de sa déclaration contenue au paragraphe 7 de son factum selon laquelle la dette envers le Directeur avait été remboursée en 1974. Telle est la situation. A mon avis, il est manifeste à la lecture des documents que les arrangements avec le Directeur des terres destinées aux anciens combattants ont été faits en vertu de la Partie II de la *Loi sur les terres destinées aux anciens combattants*.

Le paragraphe 59(1) prévoit le transfert de la propriété du Directeur à l'ancien combattant lorsque tous les paiements exigés ont été effectués. La preuve ne

here, whether all the necessary payments have been made.

Section 60, subsection 2 of the Act provides:

“Nothing in this Part, and nothing in any contract or collateral agreement entered into under section 55 or 57 shall be construed as conferring upon or vesting in any veteran, prior to the conveyance to that veteran by the Director under subsection 59(1) of the land in respect of which the contract or agreement was entered into, any right, title, interest or estate in that land.”

So, at the time of trial, no conveyance having been made to the veteran, by the Director, the veteran had no right, title, interest or estate in the land.

This application is brought under Section 8 of the *Family Relations Act*, which provides, as has been noted above: “it appears that a spouse is entitled to any property.”

At the time of the trial, he was not entitled to any property, because the conveyance, the title was in the Director, and Section 60, subsection 2, expressly says he is not.

Now this was not an action where an application was made, or where it was alleged in the pleadings that all the money had been paid, that the husband veteran had the right to acquire title, and for an application that an injunction be granted ordering him to apply and obtain title. That was not the basis upon which this case was presented. It was on the basis of a claim under Section 8, for an order in relation to the land, and as I have said, the husband at that stage had no entitlement to it.

Then there is the further difficulty in this case, that there was no evidence as to the present value of the property in question.

It seems to me that in exercising the discretion that is given under Section 8, it can only be properly exercised if you know what you are dividing, and its value.

Now those proceedings, take place after the exercise of the discretion by the Trial Judge, and in my view, he had no material before him upon which he could exercise a judicial discretion, which is required under Section 8 of the *Family Relations Act*.

Leave to appeal to this Court was given principally to consider the validity and applicability of

révèle pas si tous les paiements ont été faits.

Aux termes du paragraphe (2) de l'article 60 de la Loi:

«Rien dans la présente Partie, non plus que dans un contrat ou une convention subsidiaire conclue d'après l'article 55 ou 57, ne doit s'interpréter comme conférant ou attribuant à un ancien combattant, avant la transmission à celui-ci par le Directeur, en vertu du paragraphe 59(1), du bien-fonds pour lequel le contrat ou la convention a été conclue, quelque droit ou titre à ce bien-fonds, ou quelque intérêt y afférent.»

En conséquence, étant donné qu'à l'époque du procès le Directeur n'avait pas transféré la propriété à l'ancien combattant, ce dernier ne possède aucun droit, titre ou intérêt à l'égard du bien-fonds.

La présente requête est présentée en vertu de l'article 8 de la *Family Relations Act* qui prévoit le cas où «un conjoint a un droit sur certains biens».

A l'époque du procès il n'avait aucun droit sur les biens parce que le droit, le titre de propriété, était au nom du Directeur et que le paragraphe 60(2) précise expressément que l'ancien combattant n'a aucun droit dans un tel cas.

En l'espèce, on n'a présenté aucune requête, ni aucune allégation dans les conclusions écrites, portant que la dette avait été remboursée en totalité et que l'époux ancien combattant avait le droit d'acquérir le titre de propriété; on n'a pas non plus présenté de requête en injonction afin de l'obliger à demander et obtenir le titre de propriété. Il n'est aucunement question de telles procédures en l'espèce. La présente requête est fondée sur l'article 8 et vise une ordonnance concernant le bien-fonds; or comme je l'ai dit, l'époux n'a à ce stade-ci aucun droit sur le bien-fonds.

Aussi, une autre difficulté surgit en l'espèce; on n'a présenté aucune preuve de la valeur actuelle de la propriété.

Il me semble que pour exercer valablement le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 8, la cour doit savoir ce qu'elle divise et sa valeur.

Les présentes procédures suivent l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par le juge de première instance et j'estime qu'il ne possédait pas les renseignements nécessaires à l'exercice du pouvoir judiciaire discrétionnaire prévu à l'article 8 de la *Family Relations Act*.

L'autorisation d'interjeter appel devant cette Cour a essentiellement été accordée pour étudier la

the *Veterans' Land Act* and, in the result, both the Attorney General of British Columbia and the Attorney General of Canada intervened.

I have enlarged on the pleadings and on the position taken on appeal to the provincial Court of Appeal because of a motion by the appellant in this Court, returnable at the hearing of her appeal, to adduce fresh evidence by way of an affidavit sworn by Douglas E. Humphrey, Director, Property and Securities Division, in the *Veterans' Land Act* Administration. The affidavit discloses that on July 29, 1974, the respondent applied to the Regional Director, *Veterans' Land Act* for a conveyance to him of the property in which title had theretofore been in the Director of the *Veterans' Land Act*. A conveyance dated July 31, 1974, was executed in the respondent's favour and, pursuant to a letter from the Royal Bank of Canada which had advanced \$5,916.69 to discharge the respondent's indebtedness under the *Veterans' Land Act*, the conveyance was sent to the bank to be held as security.

The general principles which govern the admission of new evidence in this Court were stated in *Dormuth and Ursel v. Untereiner and Muskovitch*¹, at p. 131, where Ritchie J., speaking for the majority, referred to an earlier case in this Court concerning the admission of evidence discovered after trial and sought to be admitted in a provincial Court of Appeal. He then continued as follows:

The above statements were made with respect to the role of a court of first appeal in relation to evidence discovered after the trial but, in my view the same considerations apply when evidence is tendered for the first time before this Court on appeal from a provincial Court of Appeal. The special grounds required in an application made under the proviso to s. 67 include, in my opinion, being able to show that the evidence could not have been discovered by reasonable diligence before the conclusion of the hearing in the Court of Appeal and being able also to satisfy this Court that the evidence, if

¹ [1964] S.C.R. 122.

validité et l'applicabilité de la *Loi sur les terres destinées aux anciens combattants* et, en conséquence, le procureur général de la Colombie-Britannique et le procureur général du Canada sont tous deux intervenus.

J'ai insisté sur les procédures écrites et sur la position prise devant la Cour d'appel de la province pour expliquer la requête de l'appelante visant la production de nouveaux éléments de preuve; cette preuve, présentée à l'audition du pourvoi, consiste en un affidavit signé par Douglas E. Humphrey, Directeur de la division des propriétés et valeurs à l'Office de l'établissement agricole des anciens combattants. Il révèle que le 29 juillet 1974, l'intimé a demandé au Directeur régional des terres destinées aux anciens combattants de lui céder la propriété dont le Directeur des terres destinées aux anciens combattants détenait le titre. Un acte de cession daté du 31 juillet 1974 a été signé en faveur de l'intimé et, conformément à une lettre de la Banque Royale qui avait avancé la somme de \$5,916.69 pour rembourser la dette de l'intimé en vertu de la *Loi sur les terres destinées aux anciens combattants*, l'acte de cession a été envoyé à la banque pour qu'elle le retienne à titre de garantie.

Les principes généraux régissant l'admissibilité de nouveaux éléments de preuve devant cette Cour ont été exposés dans *Dormuth et Ursel c. Untereiner et Muskovitch*¹, à la p. 131, où le juge Ritchie, parlant au nom de la majorité, s'est référé à un arrêt antérieur de cette Cour relatif à l'admissibilité d'une preuve découverte après le procès et dont on demandait la production devant une cour d'appel provinciale. Le juge Ritchie a dit:

[TRADUCTION] Ces déclarations ont trait au rôle d'une cour siégeant au premier palier d'appel relativement à une preuve découverte après le procès mais, à mon avis, les mêmes principes s'appliquent lorsqu'on demande la production de nouveaux éléments de preuve devant cette Cour, en appel d'une cour d'appel provinciale. Les motifs particuliers exigés dans une requête présentée en vertu de l'exception prévue à l'art. 67 comprennent, à mon avis, des arguments établissant qu'il était impossible, malgré une diligence raisonnable, de découvrir la preuve avant la fin de l'audition devant

¹ [1964] R.C.S. 122.

accepted, would be practically conclusive.

It is clear that Justice Ritchie did not lay down an exhaustive test for the admissibility of fresh evidence in the Supreme Court, saying only what the special grounds under the proviso to s. 67 include. In my opinion, they also include a situation where there has been a failure of an officer of the Court, e.g. a trustee in bankruptcy, to bring all the relevant matters to the Court's attention, although the matters were not newly discovered but existed before trial: see *Brown v. Gentleman*². Equally, in my opinion, they will yield to a situation where a solicitor as an officer of the Court has not brought to the Court's attention pre-existing matters of which he had knowledge or where a party to the proceedings has misled the Court as to facts in issue or has misled his own solicitor or counsel, with the result that the action has proceeded on an erroneous factual basis.

In view of the disposition of the appeal by the British Columbia Court of Appeal (the appeal was heard on November 15, 1977 and disposed of on that day in oral reasons for judgment), it is clear that that Court was misled by the assertion in the now respondent's notice of appeal that "legal title" to the property was in the Director of the *Veterans' Land Act*. In fact, as between the respondent and the Director it was in the respondent long before the action was begun. In his affidavit in support of the motion to adduce new evidence, counsel who appeared for the appellant in the Courts below made the following assertions in paras. 21, 22, 23, 25 and 26:

21. THAT I became aware that the indebtedness of the Director had been retired in 1974 in the fall of 1977 prior to the hearing before the British Columbia Court of Appeal, by reason of a telephone call placed to a Mr. Birrell at the Office of the Director, Department of Veterans' Affairs, Victoria, British Columbia, on or about the 9th day of September, 1977.

² [1971] S.C.R. 501.

la cour d'appel et des arguments pouvant convaincre cette Cour que si elle est admise, cette preuve sera quasi concluante.

Il est clair que le juge Ritchie n'a pas établi de critère exhaustif d'admissibilité de nouveaux éléments de preuve devant la Cour suprême; il a simplement indiqué ce que comprenaient les motifs particuliers dont parle l'exception prévue à l'art. 67. A mon avis, ils comprennent également le cas où un officier de justice, par exemple un syndic de faillite, omet de porter tous les faits pertinents à l'attention de la Cour même si l'existence de ces faits était connue avant le procès: voir *Brown c. Gentleman*². Je pense également qu'ils comprennent le cas où un avocat, en tant qu'officier de justice, n'a pas porté à l'attention de la Cour des faits préexistants qu'il connaissait, et le cas où une partie aux procédures a induit la Cour ou son propre avocat en erreur sur les faits en litige, avec le résultat que l'action a été entendue et jugée sur la base de faits erronés.

Il est clair, d'après la façon dont la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a tranché l'appel (l'appel a été entendu le 15 novembre 1977 et la Cour a prononcé ses motifs de jugement oralement, le même jour) que la Cour a été induite en erreur par l'affirmation contenue dans l'avis d'appel de l'intimé en l'espèce selon laquelle le «titre juridique de propriété» à l'égard des biens était au nom du Directeur des terres destinées aux anciens combattants. En réalité, à l'égard de l'intimé vis-à-vis du Directeur, l'intimé détenait le titre de propriété longtemps avant l'introduction de l'action. Dans son affidavit présenté à l'appui de sa requête en production de nouveaux éléments de preuve, l'avocat qui a comparu au nom de l'appelante devant les tribunaux d'instance inférieure affirme aux par. 21, 22, 23, 25 et 26:

[TRADUCTION] 21. QUE c'est à l'automne 1977, plus précisément vers le 9 septembre 1977, que j'ai appris que la dette envers le Directeur avait été remboursée en 1974, soit avant l'audition de l'appel par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, par suite d'un appel téléphonique à M. Birrell, Bureau du Directeur, Ministère des anciens combattants, Victoria (Colombie-Britannique).

² [1971] R.C.S. 501.

22. THAT I was not advised that legal title had been delivered to the Defendant Eldon Stewart Harper during that conversation.

23. THAT the factum of the Appellant, Eldon Stewart Harper, was filed on May 24, 1977. The following is alleged in the statement of facts of that factum:

“8. The Defendant applied to the Director of Veteran’s Land Act for financing to build a home and the application was granted. (A.B. p. 179, 1.24)

9. A contract was entered into with the Director on the 13th day of September, 1962, (A.B. p. 163, Exhibit 7) and the property was conveyed to the Director on the 3rd day of August, 1962. (A.B. p. 174, Exhibit 8)

10. The Title remained in the Director at the time of action. (A.B. p. 153, Exhibit 3).”

The aforementioned facts of factum are annexed hereto and marked as Exhibit “II” to this my Affidavit.

25. THAT in the taxation of the Defendant’s bill of costs in the *Family Relations Act* action a further Affidavit of Eldon Stewart Harper was sworn the 5th day of January, 1978 and filed January 9, 1978. THAT annexed and marked as Exhibit “I” hereto is a copy of the aforementioned Affidavit which reads, in paragraph 2:

“THAT I am purchaser by unregistered agreement for the sale of land where The Director, The *Veterans’ Land Act*, is Vendor of lands and premises situate in the Alberni Assessment District, Beaver Creek Improvement District, Province of British Columbia, more particularly known and described as:

Lot 24, District Lot 166, Alberni District, Plan 1474,

(hereinafter referred to as the “Premises”).”

26. THAT on or about the 11th day of July, 1978, I received an anonymous telephone call from a male person who disclosed that he was calling from Ottawa. That person advised me that legal title to the said matrimonial property had been reconveyed to the veteran in 1974.

It appears, therefore, that the transfer of title to the respondent did not become known to appellant’s counsel until the leave to appeal to this Court was granted.

22. QU’on ne m’a pas dit, au cours de cette conversation, que le titre juridique de propriété avait été transmis au défendeur Eldon Stewart Harper.

23. QUE le factum de l’appelant, Eldon Stewart Harper, a été déposé le 24 mai 1977. L’exposé des faits contenus dans ce factum comprend les allégations suivantes:

«8. Le défendeur a demandé au Directeur des terres destinées aux anciens combattants de l’aide financière pour construire une maison et sa demande a été accordée. (D.A. p. 179, 1.24)

9. Le 13 septembre 1962, un contrat a été conclu avec le Directeur (D.A. p. 163, Pièce 7) et la propriété a été cédée au Directeur le 3 août 1962 (D.A. p. 174, Pièce 8).

10. Le Directeur détenait encore le titre de propriété lors de l’action (D.A. p. 153, Pièce 3).»

Les extraits susmentionnés du factum sont annexés au présent affidavit et cotés Pièce «II».

25. QU’aux fins de la taxation du mémoire de frais du défendeur dans l’action intentée en vertu de la *Family Relations Act*, un autre affidavit d’Eldon Stewart Harper daté du 5 janvier 1978 a été produit le 9 janvier 1978. Une copie de cet affidavit est annexée aux présentes sous la cote Pièce «I»; en voici un extrait, tiré du paragraphe 2:

«QUE je suis acheteur aux termes d’une convention non enregistrée concernant la vente du terrain dans laquelle le Directeur des terres destinées aux anciens combattants est désigné comme vendeur du terrain et de la maison situés dans le district d’évaluation d’Alberni, zone d’aménagement Beaver Creek, Colombie-Britannique, dont la description officielle est:

Lot 24, lot de district 166, district d’Alberni, plan 1474,

(ci-après appelés la «maison»).»

26. QUE vers le 11 juillet 1978 j’ai reçu un appel téléphonique anonyme d’un homme qui a dit appeler d’Ottawa. Cette personne m’a informé que le titre juridique de propriété concernant ledit domicile conjugal avait été transmis à l’ancien combattant en 1974.

On voit donc que l’avocat de l’appelante n’a pas su que le titre de propriété avait été transmis à l’intimé avant que l’autorisation d’appeler à cette Cour ait été accordée.

Counsel for the respondent in this Court said that he became aware in late 1977 that respondent's debt to the Director of the *Veterans' Land Act* had been satisfied but he did not know of any transfer of title to the respondent. This Court does not have any affidavit from Mr. Horn's instructing solicitor, Mr. R.A. Scoffield, who represented the respondent at the trial and who signed the notice of appeal to the British Columbia Court of Appeal, as to what he knew or whether his client the respondent had omitted to tell him about the conveyance from the Director of the *Veterans' Land Act*. Certainly, if there was any knowledge of the conveyance, the proper course would be to disclose it (in answer to the usual notice to produce relevant documents) or to refuse to continue acting for the respondent.

Before this Court, counsel for the respondent took a technical position on the motion to adduce fresh evidence, contending that he was under no obligation to assist the appellant in her action and that he was entitled to stand by the record of the proceedings before and at trial. It is evident, however, from the material that I have convassed that the respondent could not properly rest on those proceedings, certainly not after the matter went to appeal and certainly not in the light of what was included in the affidavit of Mr. Humphrey and of Mr. Doell, the appellant's counsel. (I should say here that Mr. Doell did not argue the motion for leave to adduce new evidence.) There are the further relevant facts that we are concerned with a claim to an interest in the matrimonial home, a family issue to be judged equitably, and that by reason of the non-disclosure of the conveyance, a serious constitutional issue was necessarily raised which brought interventions from the provincial and federal Attorneys-General.

I am bound to say—all members of this Court reacted the same way—that I was unable to understand the resistance of counsel for the respondent to the admission of the evidence contained in the Humphrey affidavit. Its admission would mean only that the constitutional issue

L'avocat de l'intimé en cette Cour a déclaré qu'il savait depuis la fin 1977 que la dette de son client envers le Directeur des terres destinées aux anciens combattants avait été remboursée mais qu'il ignorait tout de la transmission du titre de propriété à l'intimé. On n'a produit devant cette Cour aucun affidavit de M^e R. A. Scoffield, avocat de l'intimé en première instance qui a signé l'avis d'appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et donné des instructions à M^e Horn qui a comparu devant nous, sur ce qu'il savait ou sur ce que son client lui avait caché au sujet de la transmission du titre par le Directeur des terres destinées aux anciens combattants. Il est évident que s'il était au courant de la transmission, il devait soit la révéler (en réponse à l'avis ordinaire visant la production des documents pertinents) soit refuser de continuer de représenter l'intimé.

Devant cette Cour, l'avocat de l'intimé a adopté une attitude formaliste sur la requête en production de nouveaux éléments de preuve, soutenant qu'il n'était pas tenu d'aider l'appelante dans son action et qu'il avait le droit de s'en tenir au procès-verbal des procédures avant et durant le procès. Cependant, il est évident, à la lecture des documents que j'ai étudiés, que l'intimé ne peut véritablement s'en tenir à ces procédures, certainement pas après que l'affaire eut été portée en appel et encore moins à la lumière des révélations contenues dans les affidavits de M. Humphrey et de M^e Doell, avocat de l'appelante. (Je précise que M^e Doell n'a pas plaidé la requête en production de nouveaux éléments de preuve.) Il ne faut pas oublier non plus que nous sommes saisis d'une action en revendication d'un droit sur un domicile conjugal, un litige familial qui doit être tranché équitablement, et que, par suite de l'omission de révéler la transmission du titre, on a nécessairement soulevé l'importante question constitutionnelle qui a amené l'intervention des procureurs généraux provincial et fédéral.

Je dois dire—tous les membres de cette Cour ont réagi de la même façon—que je n'ai pas pu comprendre l'opposition de l'avocat de l'intimé à la réception de l'affidavit de M. Humphrey. Cela signifiait seulement que la question d'ordre constitutionnel pouvait être mise de côté et que la reven-

could be put to one side and the claim of the appellant determined on a proper factual basis as between her and the respondent. Refuge in the pleadings at trial and in the record at trial, as sought by counsel for the respondent, irrespective of the wrongful assertion as to title by the respondent on appeal to the Court of Appeal and, again, in his affidavit on taxation of costs after the appeal was determined in his favour, would mean insistence on a state of facts which were untrue and which would involve this Court in a constitutional exercise which would be unnecessary if the truth had been told.

The new evidence sought to be adduced would not involve any change in the cause of action, but bespeaks a failure of candour by the respondent in order to take advantage of the appellant if he could. No Court can condone attempts to mislead it; and if the respondent put his counsel, be he Mr. Scoffield or Mr. Horn, in an unenviable position, the Court is entitled to have their co-operation in clarifying the record once they have become aware of the true state of the title.

At the conclusion of the hearing of the motion for leave to adduce new evidence, the Court was unanimously of the opinion that the motion should be granted, with costs of the motion to the successful appellant and with reasons to be delivered later. The reasons have been set out in what has gone before, and I turn now to the merits in the light of the newly admitted evidence.

The constitutional question has now disappeared and counsel for the respective Attorneys-General asked to withdraw, having no submissions to make on the merits. They were, accordingly, excused and, although they felt they should have some costs in view of the unnecessary trouble to which they were put, a not unreasonable position for them to take, I think it best to follow this Court's general rule that no costs are awarded to or against any intervenant.

On the merits of the appellant's claim, the question is whether the trial judge's award of a one-quarter interest in the property should be affirmed

dication de l'appelante pouvait être tranchée sur la base des faits véritables entre elle et l'intimé. Chercher refuge dans les procédures écrites et le dossier de première instance, comme a tenté de le faire l'avocat de l'intimé, sans égard à la déclaration fautive de l'intimé sur le titre de propriété devant la Cour d'appel et dans son affidavit aux fins de la taxation des frais après avoir eu gain de cause en appel, équivalait à insister sur des faits erronés et à engager la Cour dans un litige constitutionnel inutile eu égard aux faits véritables.

L'admission des nouveaux éléments de preuve ne change rien à la cause d'action mais en s'y opposant, l'intimé a révélé sa mauvaise foi et tenté de prendre avantage de l'appelante. Aucune cour ne peut excuser des tentatives de l'induire en erreur; et même si l'intimé a placé son avocat, qu'il s'agisse de M^c Scoffield ou de M^c Horn, dans une situation peu enviable, la Cour a le droit de s'attendre à leur collaboration afin de clarifier le dossier dès que ceux-ci ont connu l'état véritable du titre de propriété.

A la fin de l'audition de la requête en production de nouveaux éléments de preuve, la Cour a unanimement décidé d'accorder la requête, avec dépens en faveur de l'appelante, les motifs devant être rendus ultérieurement. Je viens d'exposer ces motifs et je passe maintenant à l'analyse du fond du litige, en tenant compte des nouveaux éléments de preuve.

La question d'ordre constitutionnel étant disparue, les avocats des procureurs généraux respectifs ont demandé l'autorisation de se retirer puisqu'ils n'avaient rien à dire sur le fond du litige. Cette autorisation leur fut accordée; ils ont demandé—et je les comprends—d'obtenir leurs dépens étant donné le dérangement que cette affaire a occasionné, mais j'estime qu'il est préférable que cette Cour suive le principe général selon lequel aucuns dépens ne sont adjugés en faveur d'un intervenant ou contre lui.

Sur le fond, la revendication de l'appelante souève la question de savoir si le jugement du juge de première instance accordant un droit d'un quart

and the appeal allowed accordingly, or whether a larger interest should be awarded. Counsel for both parties expressed the wish that this case be finally resolved here and not be sent back for retrial and, in my opinion, this wish should be accommodated.

Section 8(2) of the *Family Relations Act* leaves a large discretion to the trial judge. In my view, the observations of the British Columbia Court of Appeal that there was no proper basis for the exercise of a judicial discretion must be taken in the light of its concern with the application of the *Veterans' Land Act*. I am of the same view in respect of the Court of Appeal's statement that there was a further difficulty in the case because of the absence of evidence as to the present value of the property. Since title is now in the respondent, I do not think that the question of lack of evidence as to value of the property can militate against the making of an order in the appellant's favour.

I have already quoted the considerations that moved the trial judge to his conclusion that the wife should be allowed a one-quarter interest in the property. There are a number of comments to be made on the considerations on which the trial judge appears to have acted. Whether or not attempts at reconciliation were made, the appellant's claim cannot be discounted on the ground that no such attempts were made by either spouse. Again, it was wrong to suggest a failure by the appellant to advance a claim to the matrimonial property at the time of the divorce when it is clear that since the institution of her trust action in 1971 she had asserted an interest in the matrimonial home. Furthermore, the fact that the husband had started to build a new life for himself in the home and was contributing to the maintenance of the children residing with the appellant are not grounds for affecting her claim to a property settlement; see *Rathwell v. Rathwell*³, per Dickson J., at p. 462.

³ [1978] 2 S.C.R. 436.

dans la propriété devrait être confirmé et le pourvoi accueilli en conséquence ou si un droit plus étendu devrait être accordé. Les avocats des deux parties ont demandé que cette affaire soit tranchée à ce stade et ne soit pas renvoyée devant le tribunal de première instance pour une nouvelle audition et, à mon avis, il y a lieu de faire droit à cette demande.

Le paragraphe 8(2) de la *Family Relations Act* confère un large pouvoir discrétionnaire au juge de première instance. A mon avis, les remarques de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique selon lesquelles les faits ne permettaient pas l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire doivent être lues dans le cadre de l'application de la *Loi sur les terres destinées aux anciens combattants*. Je suis du même avis au sujet de la déclaration de la Cour d'appel selon laquelle l'absence de preuve de la valeur actuelle de la propriété soulève une difficulté supplémentaire. Puisqu'il est maintenant établi que l'intimé détient le titre de propriété, je ne pense pas que l'absence de preuve de la valeur de la propriété puisse empêcher le prononcé d'une ordonnance en faveur de l'appelante.

J'ai déjà cité les considérations retenues par le juge de première instance pour accorder à l'épouse un droit d'un quart dans la propriété. Ces considérations appellent plusieurs commentaires. Le fait qu'aucun conjoint n'a tenté une réconciliation ne devrait pas jouer contre la revendication de l'appelante. En outre, c'est une erreur de reprocher à l'appelante de ne pas avoir présenté de revendication concernant le domicile conjugal à l'époque du divorce alors qu'il est clair que depuis l'institution de son action fondée sur une fiducie en 1971, l'appelante n'a pas cessé de revendiquer un droit dans le domicile conjugal. De plus, le fait que l'époux a tenté de refaire sa vie dans la maison et a contribué à l'entretien des enfants vivant avec l'appelante ne peut avoir d'effet sur sa revendication visant la répartition du droit de propriété; voir *Rathwell c. Rathwell*³, le juge Dickson à la p. 462.

³ [1978] 2 R.C.S. 436.

In my opinion, the trial judge ought to have also considered as a factor in the appellant's favour that the respondent has had the use and occupation of the subject property for some ten years since the parties separated. I do not think that this can be discounted by reason of the respondent's remarriage and of the fact that his new wife has paid for some improvements to the property by an outlay of about \$5,000.

Although an appellate Court, and especially an ultimate Court, should ordinarily refrain from interfering with the exercise by a trial judge of the type of broad discretionary jurisdiction conferred by s. 8 of the *Family Relations Act*, there is the fact that the trial judge acted on certain irrelevant considerations and ignored relevant ones and that the British Columbia Court of Appeal was misled as to the legal title and thus did not address itself to the exercise of the discretionary authority of the trial judge. In all the circumstances, it would be equitable and just that the appellant be awarded a one-third interest in the property, and that it be based on the present value of the property, less the sum of \$5,916.69 advanced by the Royal Bank to discharge the respondent's indebtedness to the Director of the *Veterans' Land Act*.

The proper order to make is that this appeal be allowed, that the judgments on appeal and at trial be set aside and that a one-third interest be awarded to the appellant in the property, that the calculation of the value of the appellant's interest be subject to the prior claim of the Royal Bank of Canada for the sum of \$5,916.69 advanced by it to discharge the respondent's indebtedness on the property and that the respondent register his title thereto forthwith in the appropriate Land Registry Office. If the parties cannot agree on the sum of money representing the interest herein accorded to the appellant, the question should be referred either to the trial judge or to another Local Judge of the Supreme Court of British Columbia for determination upon such appraisal evidence as may be brought before him. The respondent shall pay to the appellant the sum agreed upon or determined by the Local Judge, and the property

A mon avis, le juge de première instance aurait également dû tenir compte, en faveur de l'appelante, du fait que l'intimé a eu l'usage de la maison et l'a habitée dix ans depuis la séparation des parties. Je ne pense pas que ce fait doive être mis à l'écart en raison du remariage de l'intimé et du montant approximatif de \$5,000 que sa nouvelle épouse a investi pour l'amélioration de la propriété.

Même si une cour d'appel et particulièrement une cour de dernière instance doit habituellement éviter d'intervenir dans l'exercice par un juge de première instance des larges pouvoirs discretionnaires prévus à l'art. 8 de la *Family Relations Act*, il ne faut pas oublier que le juge s'est fondé sur certaines considérations non pertinentes et en a méconnu d'autres qui étaient pertinentes et que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été induite en erreur relativement au titre juridique de propriété et ne s'est donc pas penchée sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance. Dans ces circonstances, il est équitable et juste d'accorder à l'appelante un droit d'un tiers de la valeur actuelle de la propriété, moins le montant de \$5,916.69 avancé par la Banque Royale pour permettre à l'intimé de rembourser sa dette envers le Directeur des terres destinées aux anciens combattants.

En conséquence, je suis d'avis qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi et d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et le jugement de première instance et d'ordonner que l'appelante reçoive un droit d'un tiers dans la propriété dont la valeur devra être calculée sous réserve du droit de créance antérieur de la Banque Royale du Canada au montant de \$5,916.69, somme avancée pour permettre à l'intimé de rembourser sa dette relative à la propriété, et que l'intimé enregistre immédiatement son titre au bureau d'enregistrement des titres de biens-fonds. Si les parties ne peuvent s'entendre sur la valeur monétaire du droit accordé à l'appelante, la question doit être renvoyée au juge de première instance ou à un autre juge local de la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour que la valeur soit déterminée à la lumière de la preuve qui sera produite. L'intimé devra payer les sommes conve-

shall be charged therewith until payment, with interest at five per cent per annum from the date of this judgment, or the Local Judge may order a sale of the property to realize the appellant's interest.

The appellant is entitled to costs throughout as well as to costs of the motion to adduce new evidence.

The reasons of Pigeon, Estey, Pratte and McIntyre JJ. were delivered by

ESTEY J. (*dissenting in part*)—This appeal concerns the award of an interest to the wife in the family home pursuant to an action brought under s. 8 of the *Family Relations Act*, 1972 (B.C.), c. 20. The trial judge awarded an undivided one-quarter interest in the wife with a reference to the Registrar of the Court to determine the value thereof in the event the parties cannot agree. The Court of Appeal set aside the award and dismissed the wife's action. This Court is invited to restore the trial judgment but revise the allocation to the wife upwards from a $\frac{1}{4}$ to a $\frac{1}{2}$ interest.

A preliminary matter of some importance arose with reference to the conduct of the husband's case, particularly in the Court of Appeal. These circumstances are reviewed by the Chief Justice and need not be repeated for my purposes here. I am concerned with the disposition of the basic appeal after the new evidence has been admitted by this Court.

The evidence introduced by and on behalf of the two spouses is typical in a matrimonial dispute where, after the divorce, proceedings are launched under provincial legislation to divide up the family assets. Unfortunately, this has been done in this action in a very expensive manner. A short chronology of events is all that is required to set the stage. The parties were married in 1949. Neither brought any assets into the marriage. There are seven children of the marriage. The family lived in rented accommodation until 1962 when the property which is the subject-matter of this dispute was purchased. The parties separated in 1968. The wife and the three infant children lived separate and apart in the City of Victoria. One of

nues ou déterminées par le juge, avec un intérêt de cinq pour cent de la date de ce jugement jusqu'au paiement, et la propriété sera grevée en conséquence, ou le juge pourra ordonner une vente pour donner effet au droit de l'appelante.

L'appelante a droit à ses dépens dans toutes les cours ainsi qu'aux dépens de la requête en production de nouveaux éléments de preuve.

Version française des motifs des juges Pigeon, Estey, Pratte et McIntyre rendus par

LE JUGE ESTEY (*dissident en partie*)—Ce pourvoi résulte d'une action intentée en vertu de l'art. 8 de la *Family Relations Act*, 1972 (C.-B.), chap. 20, et porte sur le droit de l'épouse dans le domicile conjugal. Le juge de première instance lui a accordé un quart indivis dont la valeur doit être déterminée par renvoi devant le greffier de la Cour si les parties ne parviennent pas à s'entendre. La Cour d'appel a infirmé ce jugement et rejeté l'action de l'appelante. On demande à cette Cour de rétablir le jugement de première instance et de reconnaître à l'appelante le droit à la moitié plutôt qu'au quart.

On a soulevé une importante question préliminaire relativement à la manière dont on a présenté la cause de l'époux, particulièrement en Cour d'appel. Comme le Juge en chef fait état de ces circonstances, il n'est pas nécessaire de les répéter ici. Je ne me prononcerai donc que sur le fond du pourvoi en tenant compte des nouveaux éléments de preuve admis par cette Cour.

La preuve produite par les conjoints et en leur nom est typique des litiges matrimoniaux où l'on introduit, après le divorce, des procédures en partage des biens. Malheureusement, la façon de procéder s'est révélée très coûteuse. Un bref rappel des faits est suffisant. Les parties se sont mariées en 1949. Ni l'un ni l'autre ne possédait de biens au moment du mariage. Ils ont eu sept enfants. La famille a vécu à loyer jusqu'en 1962, époque de l'achat de la propriété qui fait l'objet des présentes procédures. Les parties se sont séparées en 1968. L'épouse et les trois enfants mineurs vivaient séparément dans la ville de Victoria. L'un d'entre eux vit maintenant avec l'intimé. En 1971, l'appelante a intenté une action devant la Cour suprême de la

these children is now living with the respondent. In 1971 she brought an action in the Supreme Court of British Columbia for a declaration that the husband held an undivided one-half interest in the matrimonial home in trust for and on behalf of the appellant. At that time, it is now clear that the title to the matrimonial home was in fact and in law in The Director, *Veterans' Land Act*. The *Family Relations Act*, *supra*, was proclaimed in force on July 1, 1972. After the commencement of this Act, the trust action was held in abeyance.

The respondent brought an application for divorce on the basis of three years separation, and a Decree Absolute was issued in 1973. The appellant has been receiving \$45 monthly for her own maintenance and \$35 monthly for each child residing with her.

By an action commenced in May 1975, under the *Family Relations Act*, *supra*, the wife sought a one-half interest in the family home. Counsel for the wife explained the delay in the bringing of these proceedings under the provincial legislation as being due to the impecuniosity of the wife, and it is obvious from the state of affairs of the family as revealed on the record that this is true. It is this action which is the basis of this appeal.

In the statement of claim the wife pleaded that the matrimonial home was "registered in the name of the Director of the Veterans' Land Act . . ." and at the date of the statement of claim, and indeed today, this is true. In the meantime, but only in response to a motion brought in this Court by the wife, it is learned that the husband paid off the Director in August 1974 and received a deed to the land from the Director of the *Veterans' Land Act* transferring title to the husband. The husband had directed the Director to deliver the deed to the Royal Bank of Canada as security for a loan, the proceeds of which may indeed have been paid over in whole or in part to the Director in order to support the deed conveying the land to the husband. In any case it is clear that when the action was commenced by the wife, the husband had received a deed from the Director, *Veterans' Land Act* and therefore the Director at that time had no

Colombie-Britannique visant à faire déclarer que l'époux détenait en fiducie et au nom de l'appelante une moitié indivise du domicile conjugal. Il est maintenant clair qu'à cette époque, c'est le Directeur des terres destinées aux anciens combattants qui détenait, en fait et en droit, le titre de propriété du domicile conjugal. La *Family Relations Act*, précitée, est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1972. Après l'entrée en vigueur de cette loi, l'action fondée sur la fiducie est demeurée en suspens.

L'intimé a présenté une requête en divorce fondée sur une séparation de trois ans et un jugement irrévocable a été rendu en 1973. L'appelante reçoit une pension mensuelle de \$45 pour elle-même et de \$35 par enfant dont elle a la garde.

Par une action intentée au mois de mai 1975 en vertu de la *Family Relations Act*, précitée, l'appelante cherche à faire déclarer qu'elle a droit à la moitié du domicile conjugal. L'avocat de l'appelante a indiqué que le retard à instituer les procédures en vertu de la loi provinciale était attribuable aux faibles moyens financiers de sa cliente et, à la lumière de la situation financière de la famille décrite au dossier, cela est évident. Le pourvoi est fondé sur cette action.

Dans sa déclaration, l'épouse allègue que le domicile conjugal était [TRADUCTION] «enregistré au nom du Directeur des terres destinées aux anciens combattants . . .» et cette affirmation était tout aussi vraie à l'époque qu'elle l'est aujourd'hui. On apprend maintenant, mais seulement en réponse à une requête de l'épouse devant cette Cour, que dans l'intervalle, en août 1974, l'époux a remboursé sa dette envers le Directeur des terres destinées aux anciens combattants et a reçu de ce dernier un acte constatant le transfert du titre de propriété à l'époux. L'époux avait demandé au Directeur de remettre l'acte à la Banque Royale du Canada comme garantie d'un prêt dont le produit a bien pu être versé en tout ou en partie au Directeur pour que celui-ci délivre l'acte qui transférerait le bien-fonds à l'époux. Quoi qu'il en soit, il est manifeste qu'au moment de l'institution de l'action par l'épouse, l'époux avait reçu un acte du

interest in the land whatsoever.

The husband, in his statement of defence and in his position throughout the trial, simply agreed that the land was in fact registered in the name of the Director, *Veterans' Land Act* and apparently chose, in response to a notice to produce, not to confess to the receipt of the deed from the Director, *Veterans' Land Act*. Hence the matter proceeded through trial to judgment on the assumption by the wife and indeed the trial judge that title was in law and in fact still in the Director, *Veterans' Land Act*.

From the judgment at trial awarding a one-quarter interest in the wife, the husband appealed asserting in the Notice of Appeal as the first two grounds that:

1. The learned Judge erred in the law in holding that the Appellant [husband] is a spouse "entitled to . . . property" the subject of the case at bar, where the legal title to such property is held by the Director, the *Veterans' Land Act*.
2. The learned Judge erred in law in holding that the Respondent [wife] is a spouse "entitled to . . . property" the subject of the case at bar, where the legal title to such property is held by the Director, the *Veterans' Land Act*.

In the Court of Appeal the question as to the state of the title arose, apparently, by reason of an assertion in the factum of the wife that the Director, *Veterans' Land Act* had been paid off by the husband, but as the counsel for the wife was unable to point to anything on the record to substantiate this submission, the Chief Justice of the Court stated, in giving oral judgment:

So, at the time, no conveyance having been made to the veteran by the Director, the veteran had no right, title, estate, interest in the land.

Counsel for the husband in this Court stated that he made no response in the Court of Appeal when

Directeur des terres destinées aux anciens combattants et que ce dernier ne détenait plus aucun droit sur le bien-fonds.

Dans sa défense et dans sa plaidoirie en première instance, l'époux a simplement admis que le bien-fonds était enregistré au nom du Directeur des terres destinées aux anciens combattants et, en réponse à l'avis de production, il n'a pas révélé qu'il avait reçu l'acte du Directeur des terres destinées aux anciens combattants. En conséquence, l'épouse et, en réalité le juge de première instance, pensaient que le titre de propriété appartenait encore, en droit et en fait, au Directeur des terres destinées aux anciens combattants et c'est sur cette base que l'affaire a été entendue et jugée.

L'époux a interjeté appel du jugement de première instance qui accordait un droit d'un quart à l'épouse; voici les deux premiers moyens soulevés dans son avis d'appel:

- [TRADUCTION] 1. Le savant juge a commis une erreur de droit en jugeant que l'appelant est un conjoint ayant un «droit sur [les] . . . biens» qui font l'objet du présent litige lorsque c'est le Directeur des terres destinées aux anciens combattants qui détient le titre juridique de propriété à l'égard de ces biens.
2. Le savant juge a commis une erreur de droit en jugeant que l'intimée est un conjoint ayant un «droit sur [les] . . . biens» qui font l'objet du présent litige lorsque c'est le Directeur des terres destinées aux anciens combattants qui détient le titre juridique de propriété à l'égard de ces biens.

En Cour d'appel, la question du titre de propriété a été soulevée à la suite d'une affirmation dans le factum de l'épouse selon laquelle l'époux avait remboursé le Directeur des terres destinées aux anciens combattants mais, constatant l'impossibilité de l'avocat de l'épouse d'étayer sa prétention, le Juge en chef de la cour a déclaré dans son jugement prononcé oralement:

[TRADUCTION] En conséquence, étant donné qu'à l'époque du procès, le Directeur n'avait pas transféré la propriété à l'ancien combattant, ce dernier ne possède aucun droit, titre ou intérêt à l'égard du bien-fonds.

Devant cette Cour, l'avocat de l'époux a déclaré qu'il s'était abstenu de répondre à cette déclaration

this statement was made by the Chief Justice in giving oral judgment. It may be that counsel was unaware of the facts at that time and, in any case, the matter only came to light by reason of an anonymous telephone call from someone in Ottawa to the wife advising her that the husband had received long ago a deed of the land from the Director. The wife by that time had appealed these proceedings to this Court and consequently made application for the admission of new evidence to establish the ownership of the land throughout all these proceedings. For reasons that entirely escape my understanding, the husband opposed the admission of this new evidence.

The fundamental question raised in this Court is narrow and simple. Should this Court, on the record of this appeal, review the exercise of the discretion of the learned trial judge under s. 8 of the British Columbia statute? Section 8 provides as follows:

8. (1) Where the court makes an order for dissolution of marriage or judicial separation, or declaring a marriage to be null and void, and it appears that a spouse is entitled to any property, it may, not more than two years from the date of the order, make any order that, in its opinion, should be made to provide for the application of all or part of the property, including settled property, for the benefit of either or both spouses or a child of a spouse or of the marriage.

(2) Where the court makes an order under subsection (1), it may order that the property be sold and direct the disposition of the proceeds.

In my view, it is a proper case for this Court to review the trial judge's discretion because the trial judge proceeded on the basis of irrelevant and erroneous considerations. The learned trial judge concluded that the wife has a one-quarter interest in the property after stating the following:

As far as I can judge each party was as much to blame as the other for the breakdown of their marriage. No attempt at reconciliation was made by either. The defendant eventually obtained the divorce some five years after the separation and at that time the plaintiff made no effort to advance a claim to the home property. Thereafter the defendant started to build a new life for

du Juge en chef lors du prononcé du jugement oral. Il se peut que l'avocat ait ignoré les faits mais, quoi qu'il en soit, ce n'est qu'à la suite d'un appel téléphonique anonyme d'Ottawa que l'épouse a appris que le Directeur avait depuis longtemps rétrocédé le bien-fonds à l'époux. A cette époque, l'épouse avait déjà interjeté appel devant cette Cour; elle a donc présenté une requête en production de preuve nouvelle afin d'établir la propriété du bien-fonds. Pour des raisons qui m'échappent complètement, l'époux s'est opposé à cette production.

La question fondamentale soulevée devant cette Cour est à la fois précise et simple. A la lumière du dossier d'appel, cette Cour doit-elle réviser la décision du juge de première instance fondée sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré à l'art. 8 de la Loi de la Colombie-Britannique. Voici le texte de cette disposition:

[TRADUCTION] 8. (1) Lorsqu'une cour prononce une ordonnance de dissolution de mariage ou de séparation judiciaire, ou déclare un mariage nul, et qu'il appert qu'un conjoint a un droit sur certains biens, elle peut, dans les deux ans de la date de l'ordonnance, rendre l'ordonnance qu'elle juge appropriée relativement à la totalité ou partie des biens, y compris les biens à l'égard desquels il existe une disposition, pour le bénéfice d'un ou des conjoints ou d'un enfant d'un conjoint ou du mariage.

(2) Lorsqu'elle prononce une ordonnance en vertu du paragraphe (1), la cour peut ordonner la vente des biens et la répartition du produit de la vente.

A mon avis, la révision de la décision du juge de première instance fondée sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire s'impose parce que cette décision est basée sur des considérations non pertinentes et erronées. Le juge de première instance a décidé d'accorder un quart de la propriété à l'appelante après avoir dit ce qui suit:

[TRADUCTION] A mon avis, chaque partie est responsable de l'échec du mariage. Elles n'ont tenté aucune réconciliation. Le défendeur a obtenu le divorce après cinq ans de séparation et, à cette époque, la demanderesse n'a présenté aucune réclamation concernant la maison. Par la suite, le défendeur a refait sa vie et continué d'habiter la maison dont la demanderesse

himself around the home in which the plaintiff claims a half interest. His new wife has invested a substantial amount in improvements. He has one child of the marriage with him. He is contributing to the maintenance of those now with the plaintiff. I have concluded that an allocation equivalent to a one-quarter interest in the net value of the property would be fair.

The appellant began the trust action, discussed earlier, in 1971 and therefore it is incorrect to state that " . . . The defendant eventually obtained the divorce some five years after the separation and at that time the plaintiff made no effort to advance a claim to the home property." The appellant has at all times maintained that she has an interest in the matrimonial home.

It can also be seen that the trial court revealed a consideration of at least three irrelevant elements:

- (a) that no attempt at reconciliation had been made;
- (b) the defendant (the husband) had started to build a new life for himself around the home in which the plaintiff claims a one-half interest;
- (c) the bare fact that the husband has been contributing to the maintenance of the wife and of the children residing with her. (This may on a later consideration of future entitlements be reflected in the inter-spousal account.) In the case of *Garratt v. Garratt*⁴, Hutcheon L.J.S.C., quite correctly in my view, stated that " . . . the question of maintenance whether by a lump sum or by periodic payment, ought not to be confused with the question of property settlement." (p. 170) In the case of *Rathwell v. Rathwell*⁵, Dickson J. stated:

It was argued that Mrs. Rathwell should be denied a proprietary interest because she was awarded \$250 per month maintenance. I agree with the Saskatchewan Court of Appeal in the present case that an order for alimony and maintenance in her favour does not bar a wife from seeking a further order declaring that she has an equitable proprietary interest. The two forms of relief are obtained in separate actions based on

réclame la moitié de la propriété. Son épouse en secondes noces a investi des sommes considérables en améliorations. Le défendeur a la garde d'un enfant du mariage et il subvient aux besoins de ceux dont la demanderesse a la garde. Je conclus que l'attribution du quart de la valeur nette de la propriété est équitable.

L'appelante a intenté son action fondée sur la fiducie en 1971; il est donc inexact de dire que [TRADUCTION] « . . . Le défendeur a obtenu le divorce après cinq ans de séparation et, à cette époque, la demanderesse n'a présenté aucune réclamation concernant la maison ». L'appelante n'a jamais cessé de revendiquer un droit dans le domicile conjugal.

En outre, le juge de première instance a tenu compte des trois éléments non pertinents suivants:

- a) l'absence de tentative de réconciliation;
- b) le fait que le défendeur (l'époux) a refait sa vie dans la maison dont la demanderesse prétend avoir droit à la moitié;
- c) la contribution de l'époux à l'entretien de son ex-épouse et des enfants vivant avec elle. (Ce fait pourra être pris en considération aux fins de la détermination des responsabilités mutuelles des conjoints.) Dans *Garratt v. Garratt*⁴, le juge Hutcheon de la Cour suprême a déclaré à juste titre que [TRADUCTION] « . . . il ne faut pas confondre la question du versement global ou périodique d'une pension alimentaire avec la question du partage de propriété. » (p. 170) Dans *Rathwell c. Rathwell*⁵, le juge Dickson a écrit:

On a plaidé qu'on ne pouvait reconnaître à M^{me} Rathwell un droit de propriété parce qu'on lui avait alloué une pension alimentaire mensuelle de \$250. Je partage l'opinion de la Cour d'appel de la Saskatchewan en l'espèce selon laquelle une ordonnance de pension alimentaire et d'entretien n'interdit pas à une épouse de demander une nouvelle ordonnance déclarant qu'elle a un droit de propriété en *equity*. Les deux formes de redres-

⁴ (1974), 16 R.F.L. 168 (B.C.S.C.).

⁵ [1978] 2 S.C.R. 436.

⁴ (1974), 16 R.F.L. 168 (C.S.C.-B.).

⁵ [1978] 2 R.C.S. 436.

different legal rights. They are related only to the extent that the wife's success in the latter proceeding may permit the husband to seek a change in the award of alimony and maintenance in the earlier proceeding. (p. 462)

It should also be noted that the new evidence adduced in this Court raises serious questions as to the credibility of the respondent, and it is not at all clear that the trial judge would have reached the conclusion he did had he been made aware of the true facts.

An appellate Court should be extremely reluctant to interfere with the exercise of a discretionary power by a trial judge. However, there are cases, and for the reasons given above I believe this is one, where justice demands that the exercise of discretion be reviewed.

If a judge proceeds on principle properly applicable to the facts of a case and makes a decision judicially, in the exercise of his discretion, this Court will not interfere. But, if it appears that a judge has misdirected himself, or that his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice, the Court can and should review the facts upon which the judgment ought to be given. (*Re Hull Estate*⁶ per Laidlaw J.A. p. 785)

I note also that in the case of *Deleew v. Deleew*⁷, the Court of Appeal reviewed the trial judge's discretionary exercise of the s. 8 power and concluded that "the learned trial judge had applied a wrong test to the interpretation of s. 8 . . ." (p. 113). In this case, because of the respondent's success before the Court of Appeal, that Court did not review the trial judge's application of s. 8.

The evidence, as I have stated at the outset, is typical of the unfortunate circumstances attendant upon the breakup of a family. It is impossible to weigh the relative contributions of the spouses to the joint venture, if I may use that term without

sement sont obtenues par des actions séparées fondées sur des droits différents. Elles sont reliées uniquement dans la mesure où la réussite de la seconde permettrait au mari de demander une modification du montant de la pension alimentaire et des frais d'entretien accordés dans la première. (p. 462)

Il convient également de souligner que les nouveaux éléments de preuve présentés devant cette Cour mettent sérieusement en question la crédibilité de l'intimé et il est loin d'être évident que le juge de première instance serait parvenu à la même conclusion s'il avait connu la vérité.

Une cour d'appel doit avoir beaucoup de répugnance à modifier la décision d'un juge de première instance fondée sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Cependant, il existe des cas, et, pour les motifs que je viens d'exprimer, j'estime que le présent cas en est un, où la justice exige la révision d'une décision fondée sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

[TRADUCTION] Si un juge se fonde sur les principes applicables aux faits et tranche judiciairement, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, cette cour n'interviendra pas. Mais s'il appert qu'un juge s'est fondé sur des considérations erronées ou que sa décision est erronée au point de créer une injustice, la Cour peut et doit revoir les faits sur lesquels le jugement aurait dû être fondé. (*Re Hull Estate*⁶, le juge d'appel Laidlaw, à la p. 785)

En outre, dans l'affaire *Deleew v. Deleew*⁷, la Cour d'appel a révisé la décision du juge de première instance fondée sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré à l'art. 8 et a conclu que [TRADUCTION] «le savant juge de première instance avait retenu un critère erroné pour interpréter l'art. 8 . . .» (à la p. 113). En l'espèce, comme l'intimé a eu gain de cause devant la Cour d'appel, celle-ci n'a pas révisé l'application de l'art. 8 par le juge de première instance.

Comme je l'ai déjà dit, la preuve présentée est typique des circonstances malheureuses qui entourent la dissolution d'une famille. Il est impossible d'évaluer les contributions respectives des conjoints dans l'entreprise commune, si je peux me permet-

⁶ [1943] O.R. 778 (C.A.).

⁷ (1977), 5 B.C.L.R. 106.

⁶ [1943] O.R. 778 (C.A.).

⁷ (1977), 5 B.C.L.R. 106.

intending to thereby attribute unusual legal consequences to the marital union. The husband made his contribution by the direct investment of time, effort and money. The wife made her contribution less directly, but no less importantly, through the management of the family so as to release the husband for sufficient time to make his contribution to the construction of the house built by the family on the lands in question. She did more than that. The evidence is clear that she fed, and in at least one instance housed, persons who helped with the carpentry and other physical elements in the construction of the home. She also executed a chattel mortgage securing the funds which enabled the husband to acquire the property which he then conveyed to the Director, *Veterans' Land Act* so as to obtain the funds with which the house was built. This loan was secured in part against the household goods of the family and there is no evidence that the wife did not own at least a part of or have an interest in those goods.

The learned trial judge stated in a summary way his conclusions with reference to the ultimate ownership of this property:

There was at no time any discussion between the parties on the question of ultimate ownership of the property, nor would one expect there to have been any. The defendant now says that throughout it was his clear intention to retain ownership himself giving as a reason the instability of his marriage. He may have convinced himself that this was the case but I have no faith in that testimony. I am satisfied no thought was given to the question at the time. The parties wanted a better home. This was the only way it could be financed and it was well understood that the defendant alone could be a party to the arrangement with the Director.

The plaintiff was at pains to describe her contribution to outside work around the home in the care of the few animals and fowl and care of the garden. She also made much of her efforts in preserving fruits, vegetables and some meat and fowl. The defendant depreciated these efforts. The only conclusion I can draw from the evidence is that both parties were kept fully occupied in the creation, operation and maintenance of the two homes I have described. There was never any extra money and their responsibilities prevented joint holidays of significance. During all this time the defendant was employed

tre cette expression sans pour autant vouloir attribuer des conséquences juridiques inhabituelles au mariage. L'époux a fait sa part en investissant directement du temps, des énergies et de l'argent. La part de l'épouse, moins directe mais non moins importante, a consisté dans la gestion de la famille de façon à permettre à l'époux de disposer de suffisamment de temps pour travailler à la construction de la maison bâtie par la famille sur le terrain en question. Elle a fait plus. La preuve révèle clairement qu'elle a nourri et à l'occasion logé les personnes venues aider à la construction de la charpente et à d'autres travaux. Elle a également signé une hypothèque mobilière afin de permettre à l'époux d'acheter le bien-fonds qu'il a plus tard cédé au Directeur des terres destinées aux anciens combattants afin d'obtenir l'argent nécessaire à la construction de la maison. Le prêt était partiellement garanti par les meubles de la famille et rien ne prouve que l'épouse n'était pas propriétaire ou copropriétaire d'au moins une partie de ces biens.

Voici en quels termes le juge de première instance a exposé ses conclusions relatives au véritable propriétaire de l'immeuble:

[TRADUCTION] Les parties n'ont jamais discuté de la véritable propriété de l'immeuble et cela se comprend. Le défendeur prétend maintenant qu'il a toujours eu l'intention d'en conserver la propriété étant donné l'instabilité de son mariage. Il a pu s'en convaincre mais je ne le crois pas. Je suis convaincu que les parties n'ont jamais pensé à cela à cette époque. Elles voulaient être mieux logées. C'était la seule façon d'obtenir du financement et elles savaient bien que seul le défendeur pouvait être partie à l'entente avec le Directeur.

La demanderesse a eu beaucoup de difficulté à décrire sa contribution aux travaux accomplis à l'extérieur de la maison; elle prenait soin des animaux et des volailles et s'occupait du jardin; elle faisait des conserves de fruits, de légumes, de viande et de volaille. Le défendeur a déprécié ces efforts. A mon avis, la seule conclusion à tirer de la preuve est que les parties ont toutes les deux travaillé à la construction, au bon fonctionnement et à l'entretien des deux maisons dont j'ai parlé. Elles bouclaient à peine leur budget et leurs responsabilités les empêchaient de prendre des vacances prolongées. Pen-

and the plaintiff's duties included the catering to the needs of a number of boarders from time.

It would require a very extensive and elaborate hearing to thrash out in detail all the admissible evidence that could be garnered in support of the competing claims of husband and wife with respect to the acquisition of this home. Family law as we have seen it evolve in this country has not found it necessary or indeed in the public interest to require the parties to these differences to so litigate their disputes. It may be stated with accuracy as well as fairness that in the division of the family assets upon the destruction of the marital union, the courts have sought to do justice as expeditiously as can fairly be done because it is the single, disintegrating family unit which bears the legal costs of both sides of the contest. Hence it has not been necessary in the ordinary case to demonstrate values of the properties being divided except in those instances where sale is not a realistic alternative in the event of disagreement, or where it is in the interest of the parties to divide property in *specie*. Such is not the case here.

It should be noted that a court exercising its discretion under s. 8 of the *Family Relations Act* is not in any way bound by the line of cases in this Court and in England which have limited the discretion of a trial judge under the various *Married Women's Property Act* statutes. I am here referring to such cases as *Murdoch v. Murdoch*⁸ and *Thompson v. Thompson*⁹. I agree entirely with the following description of the effect of s. 8 given by Munroe J. in the case of *Stevenson v. Stevenson*¹⁰, at p. 250:

It is the submission of counsel for Mr. Stevenson that s. 8 has made no change in the substantive law and that accordingly the law as enunciated by the Supreme Court of Canada in such cases as *Thompson v. Thompson*, [1961] S.C.R. 3, 26 D.L.R. (2d) 1, and *Murdoch v. Murdoch*, 1 R.F.L. 185, [1974] 1 W.W.R. 361, 41 D.L.R. (3d) 367, must govern my disposition of the claims made herein by the wife. I do not agree. If that is so, s. 8 need not have been enacted and is superfluous.

⁸ [1975] 1 S.C.R. 423.

⁹ [1961] S.C.R. 3.

¹⁰ (1974), 15 R.F.L. 248 (B.C.S.C.).

dant tout ce temps, le défendeur avait un emploi et la demanderesse avait notamment la responsabilité de s'occuper des pensionnaires occasionnels.

Il aurait fallu une audition très détaillée et poussée pour vider la question de la preuve admissible à l'appui des revendications de chaque conjoint relativement à l'acquisition de cette maison. D'après le droit de la famille qui s'est élaboré dans notre pays, on n'a jugé ni nécessaire ni dans l'intérêt public d'exiger des parties à un tel conflit qu'elles débattent ces questions de cette façon. Il est exact et juste de dire qu'en matière de partage des biens par suite de la dissolution d'un mariage, les cours tentent de rendre justice de façon aussi expéditive que possible parce que c'est l'entité familiale désunie qui paie seule les frais judiciaires des deux parties opposées. C'est pourquoi, il n'est généralement pas nécessaire d'établir la valeur monétaire des biens partagés sauf dans les cas où la vente des biens n'est pas une solution réaliste du différend ou lorsqu'il est dans l'intérêt des parties de partager les biens en nature. Ce n'est pas le cas ici.

Il convient de souligner qu'une cour exerçant le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 8 de la *Family Relations Act* n'est aucunement liée par la jurisprudence de cette Cour ni de celles de l'Angleterre aux termes de laquelle le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance est limité sous le régime des lois dites *Married Women's Property Act*. Je pense ici aux affaires *Murdoch c. Murdoch*⁸ et *Thompson v. Thompson*⁹. Je suis pleinement d'accord avec la description suivante de l'effet de l'art. 8 que donne le juge Munroe dans *Stevenson v. Stevenson*¹⁰, à la p. 250:

[TRADUCTION] L'avocat de M. Stevenson prétend que l'art. 8 n'a pas modifié le droit positif et, en conséquence, que c'est la jurisprudence de la Cour suprême du Canada dans *Thompson c. Thompson* [1961] R.C.S. 3, 26 D.L.R. (2d) 1, et *Murdoch c. Murdoch*, 1 R.F.L. 185, [1974] 1 W.W.R. 361, 41 D.L.R. (3d) 367, qui régit la solution des réclamations de l'épouse en l'espèce. Je ne suis pas d'accord. Si cette thèse était exacte, l'art. 8 serait superflu. Avec égards, j'estime que l'art. 8

⁸ [1975] 1 R.C.S. 423.

⁹ [1961] R.C.S. 3.

¹⁰ (1974), 15 R.F.L. 248 (C.S.C.-B.).

In my respectful opinion, s. 8 confers upon the Court a discretion which it did not previously have—a discretion to make an order that allocates property held in the name of either or both spouses between them and their children in a just and equitable way according to all the circumstances. Section 8 thereby altered the rigours of the common law as it existed prior to its enactment, when determining the property rights of members of a family following dissolution of the marriage of the spouses.

The oft-quoted remarks of Romer L.J. in *Rimmer v. Rimmer*¹¹, at p. 866, that “... cases between husband and wife ought not to be governed by the same strict considerations, both at law and in equity, as are commonly applied to the ascertainment of the respective rights of strangers” are applicable to s. 8 cases.

I also agree with Hinkson J.A. in the case of *Deleeuw v. Deleeuw*, *supra*, wherein he states:

A consideration of the provisions of s. 8 of The Family Relations Act does not lead me to conclude that a necessary prerequisite to obtaining relief pursuant to the provisions of that section requires the applicant to show that he or she has in some real way contributed to the acquisition of the property in question or has done something to enhance or maintain its value. Those matters are some of the factors which the judge hearing the application may take into consideration in determining whether or not to exercise his discretion, and in the event it is exercised in favour of the applicant, in further determining the extent to which the applicant is entitled to share in the property. Thus, I think that the learned trial judge was in error in concluding that Mrs. Deleeuw must fail in her application for relief pursuant to the provisions of The Family Relations Act because she had done nothing more than what might naturally be expected of her as a wife and mother. A wife may not be able to show that she played a part in the acquisition of a particular property, yet her frugality and ability to manage may have enabled her husband to enjoy savings which he has shrewdly invested and which have resulted in the acquisition of a particular property. Such a wife is entitled to seek a share in the property so acquired. In a given set of circumstances the court may decide to exercise the discretion in favour of an applicant where the applicant can show no more than the fact that she was a good wife and mother and in that way should be

confère à la Cour un nouveau pouvoir discrétionnaire—le pouvoir discrétionnaire d'ordonner le partage des biens détenus au nom d'un ou des conjoints entre eux et leurs enfants avec justice et équité, en tenant compte de toutes les circonstances. En conséquence, l'art. 8 atténue la sévérité des règles de *common law* en vigueur avant sa promulgation, quant à la détermination des droits de propriété des membres de la famille après la dissolution du mariage.

Les remarques fréquemment citées du lord juge Romer dans *Rimmer v. Rimmer*¹¹, à la p. 866, selon lesquelles [TRADUCTION] «... les litiges opposant mari et femme ne sont pas régis par les considérations rigoureuses applicables, en droit et en *equity*, à l'évaluation des droits respectifs d'étrangers» s'appliquent aux actions intentées en vertu de l'art. 8.

Je souscris également aux observations du juge Hinkson de la Cour d'appel dans *Deleeuw v. Deleeuw*, précité:

[TRADUCTION] L'étude de l'art. 8 de la Family Relations Act ne me porte pas à conclure que la partie requérante doit, au préalable, établir qu'elle a réellement contribué à l'acquisition des biens en question ou à l'augmentation ou à la conservation de leur valeur pour avoir droit au redressement prévu à cet article. Ces faits font partie des éléments dont le juge saisi de la requête peut tenir compte pour décider s'il y a lieu d'exercer son pouvoir discrétionnaire et, s'il l'exerce en faveur de la partie requérante, pour déterminer dans quelle mesure cette dernière a droit à une partie des biens. En conséquence, j'estime que le savant juge de première instance a commis une erreur en rejetant la requête présentée par M^{me} Deleeuw en vertu des dispositions de la *Family Relations Act* pour le motif qu'elle n'avait rien fait de plus que ce à quoi on pouvait naturellement s'attendre d'elle en tant qu'épouse et mère. Une épouse peut être dans l'impossibilité de prouver sa contribution à l'acquisition d'un bien en particulier et quand même avoir permis à son époux, grâce à son sens de l'économie et à ses talents d'administratrice, d'épargner de l'argent, de l'investir judicieusement et d'acquérir le bien en question. Dans ce cas, l'épouse a droit à une partie du bien acheté. Dans des circonstances données, la Cour peut décider d'exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur de la requérante lorsque cette dernière peut seulement prouver qu'elle a été une bonne épouse et mère et la Cour devrait considérer qu'elle a ainsi contribué à l'ac-

¹¹ [1952] 2 All E.R. 863.

¹¹ [1952] 2 All E.R. 863.

regarded as having contributed to the acquisition of property now registered in the name of the husband.

It has also become a reality of life and indeed of family law, at least in the common law provinces of this country, that trial judges in all levels of the courts have recognized as a general principle that the husband and wife divide up family properties on a 50/50 basis unless the circumstances otherwise require. There may be a great number of instances where the general rule of 50/50 is moderated or adjusted by reason of the origin of specific assets or by reason of unusual contributions.

Many of the British Columbia decisions indicate the division of matrimonial property on a 50/50 basis. (*Vide Shehousky v. Shehousky*¹²; *Stevenson v. Stevenson*¹³; *Wiley v. Wiley*¹⁴.) In the 1975 unreported decision in the case of *MacLæd v. MacLæd*, Meredith J. stated:

What I do consider relevant is the fact that although the plaintiff [husband] brought into the marriage some property from which the assets ultimately acquired to some extent derived, in the main the creation of those assets must be taken to have been by virtue of the joint efforts of the plaintiff and the defendant: the plaintiff for the most part earned the money, and he worked hard at his improvement of both properties; the defendant devoted her efforts in large part to the five children, joint assets, as it were, of incomparable value.

So I think little or no rational distinction can be drawn between the respective contributions of the husband and the wife to the acquisition of the two properties. I think their contribution should be regarded as equal and that the assets should, so far as is possible, be divided equally.

In the Manitoba case of *Atamanchuk v. Atamanchuk*¹⁵, Duval J. described the "joint purse" approach to the division of assets under the Manitoba statute:

Where there is a joint purse between husband and wife and a common pool into which they put all their resources, it is not consistent that the assets should thereafter be divided with reference to their respective contributions, crediting the husband with the whole of

acquisition du bien enregistré au nom du mari.

C'est maintenant une réalité sociale reflétée dans le droit de la famille, du moins dans les provinces de *common law*, et les juges, à tous les paliers judiciaires, reconnaissent comme principe général que les conjoints se partagent en parts égales les biens de la famille sauf dans des circonstances particulières. Il peut y avoir bien des cas où il y a lieu de modifier ou atténuer la règle du partage en parts égales pour tenir compte de l'origine de certains biens ou de contributions inhabituelles.

Dans plusieurs décisions de la Colombie-Britannique, les biens matrimoniaux ont été partagés en deux parts égales. (Voir *Shehousky v. Shehousky*¹²; *Stevenson v. Stevenson*¹³; *Wiley v. Wiley*¹⁴.) Dans un arrêt inédit rendu en 1975, *MacLeod v. MacLeod*, le juge Meredith a dit:

[TRADUCTION] Même si le demandeur [l'époux] a fourni un actif qui a ultimement servi à l'acquisition de biens, il ne faut pas oublier que l'achat de ces biens résulte de l'effort conjoint du demandeur et de la défenderesse: si l'époux apportait un revenu et s'est employé à améliorer les deux propriétés, l'épouse, pour sa part, s'est en grande partie consacrée à leurs cinq enfants qui représentent une valeur incomparable.

Aussi, je pense qu'on ne peut guère comparer les contributions respectives des conjoints à l'acquisition des deux propriétés. A mon avis, il faut considérer les contributions comme égales et, dans la mesure du possible, diviser les biens en deux parties égales.

Voici comment dans l'affaire *Atamanchuk v. Atamanchuk*¹⁵, du Manitoba, le juge Duval a décrit l'approche de la «bourse commune» pour partager les biens en vertu de la loi manitobaine:

[TRADUCTION] Lorsque les conjoints ont une bourse commune et mettent tous les revenus dans une même caisse, il est illogique de diviser les biens selon leurs contributions respectives en portant au crédit de l'époux la totalité de ses gains et au crédit de l'épouse, la totalité

¹² (1974), 17 R.F.L. 269 (B.C.S.C.).

¹³ (1974), 15 R.F.L. 248 (B.C.S.C.).

¹⁴ (1971), 6 R.F.L. 36 (B.C.S.C.).

¹⁵ (1955), 15 W.W.R. 301.

¹² (1974), 17 R.F.L. 269 (C.S.C.-B.).

¹³ (1974), 15 R.F.L. 248 (C.S.C.-B.).

¹⁴ (1971), 6 R.F.L. 36 (C.S.C.-B.).

¹⁵ (1955), 15 W.W.R. 301.

his earnings and the wife with the whole of her earnings. It would be impossible to make any such calculation. It is also clear that when a husband and wife, by agreement, work together in operating a farm and the properties are in the husband's name, he will be held to hold title thereto as a trustee for her to the extent of one-half. See *Jones v. Maynard* [1951] 1 TLR 700, [1951] 1 All ER 802; *Sywack v. Sywack* (1942) 51 Man R 108; *Kropielnicki v. Kropielnicki* [1935] 1 WWR 249; *S. v. S.* (1952) 5 WWR (NS) 523; *Mitchelson v. Mitchelson* (1953) 9 WWR (NS) 316 (p. 305).

(Underlining added.)

It may be said that the recognition of this interest in the wife is judicial legislation bringing about a community of property without expressly so stating and without deferring on such a policy matter to the Legislature. In my view, such is not the case, even though in many provinces (for example, British Columbia and Ontario) such a result has been reached by legislation. As we have seen in *Pettitt v. Pettitt*¹⁶, and in *Gissing v. Gissing*¹⁷, the realities of life today require a recognition in the courts that the parties enter into not the marital contract but the ensuing social joint venture on the basis that each spouse will play his or her assigned role without deliberate and finite agreement, and certainly without daily or periodic accounting. The common and basic intent is clearly a sharing of the good with the bad, the debts and the assets. In stating this, I am also quick to agree with that which was said by my colleague, Dickson J., in *Rathwell v. Rathwell*, *supra*, at p. 448.

A third limit: Although equity is said to favour equality, it is not every contribution which will entitle a spouse to a one-half interest in the matrimonial property. The extent of the interest will be proportionate to the contribution, direct or indirect, of the spouse. Where the contributions are unequal, the shares will be unequal. A spouse who fails to make a contribution has no claim in justice to assets acquired wholly by the efforts of the other spouse.

Canadian common law does not recognize the concept of community of property resulting from the sole fact of marriage. In the absence of legislative provision to that effect, it is not proper for a court to upset current

¹⁶ [1970] A.C. 777.

¹⁷ [1971] A.C. 886.

des siens. Un tel calcul est impossible. En outre, il est clair que lorsque des conjoints conviennent d'exploiter une ferme et que les biens sont inscrits au nom du mari, on doit considérer que ce dernier détient le titre de propriété en fiducie pour son épouse, jusqu'à concurrence de la moitié. Voir *Jones v. Maynard* [1951] 1 TLR 700, [1951] 1 All ER 802; *Sywack v. Sywack* (1942) 51 Man R 108; *Kropielnicki v. Kropielnicki* [1935] 1 WWR 249; *S. v. S.* (1952) 5 WWR (NS) 523; *Mitchelson v. Mitchelson* (1953) 9 WWR (NS) 316 (à la p. 305).

(C'est moi qui souligne.)

On peut prétendre que cette reconnaissance du droit de l'épouse constitue l'établissement implicite du régime de la communauté de biens par droit prétorien sans soumettre cette question de principe à la législature. A mon avis ce n'est pas le cas, même si dans plusieurs provinces (par exemple en Colombie-Britannique et en Ontario) c'est précisément ce que la législature a décrété. Comme le démontrent les arrêts *Pettitt v. Pettitt*¹⁶, et *Gissing v. Gissing*¹⁷, les réalités sociales contemporaines exigent des tribunaux qu'ils reconnaissent le fait que les parties ne passent pas un contrat matrimonial mais s'engagent dans une entreprise commune où chaque conjoint jouera le rôle qui lui est assigné sans conclure d'entente précise et arrêtée et encore moins tenir de comptabilité quotidienne ou périodique. En général, les époux s'engagent plutôt à partager les bonnes affaires comme les mauvaises et les dettes comme les profits. Ce disant, je m'empresse de souscrire à l'opinion suivante du juge Dickson dans *Rathwell c. Rathwell*, précité, à la p. 448:

Une troisième limite: bien que l'on dise que l'*equity* favorise l'égalité, toute contribution ne donnera pas droit à l'époux à une moitié des biens matrimoniaux. La part de propriété sera proportionnelle à la contribution, directe ou indirecte, de chacun. Là où les contributions sont inégales, les parts seront inégales. Un conjoint qui ne contribue pas ne peut revendiquer en justice des biens entièrement acquis par le labeur de l'autre.

Au Canada, la *common law* ne reconnaît pas le concept de la communauté de biens résultant du seul fait du mariage. En l'absence de dispositions législatives à cet effet, un tribunal ne doit pas troubler la pratique

¹⁶ [1970] A.C. 777.

¹⁷ [1971] A.C. 886.

matrimonial property practice by acting as if such an institution existed. This is a point of great importance and needs re-emphasis here. See *Pettitt v. Pettitt*, *supra*, at p. 803. But it must also be noted that there is a considerable distinction between judicial legislation of community of property and judicial enforcement of the equitable doctrines of resulting and constructive trust. It is understandable that confusion between the two should arise in matrimonial property disputes for the apparent net effect of each is normally a divestiture of property, or an interest in it, and transfer from the titled to the non-titled spouse. The essential difference, however, is that the divestiture from community of property has as its source the fact of marriage; the divestiture in trust arises out of a common intention (resulting trust), or out of inequitable withholding resulting in an unjust enrichment (constructive trust).

In this proceeding it is clear that the wife is not forced to found her claim to an interest in the husband's property on the fact of marriage alone. The finding by the trial judge, if anything were needed, makes this abundantly clear. The process of valuation of contribution has its economic limits when applied to an inter-spousal dispute. Here the record reveals sufficient of their respective contributions to allow allocation by approximation, which I observe to be the *modus operandi* of the courts of the country engaged in family law, by reason of the process followed by the learned trial judge in discretion under s. 8 of the British Columbia statute. I conclude that the learned trial judge misdirected himself and thereby the exercise of discretion becomes reviewable, and I conclude that a proper exercise of discretion would find the wife entitled to a one-half interest in the matrimonial home.

The actual formal order issued after trial provided:

AND THIS COURT DOTH ORDER AND ADJUDGE that in the event the parties cannot agree on the value of the Plaintiff's one-quarter (¼) interest in the aforesaid property as of the date of this Order, then in that event, an enquiry

courante en matière de biens matrimoniaux en agissant comme si une telle institution existait. C'est là une question de grande importance qu'il faut souligner de nouveau ici. Voir l'arrêt *Pettitt v. Pettitt*, précité, à la p. 803. Mais il faut également noter qu'il y a une différence considérable entre le droit judiciaire sur la communauté de biens et l'exécution judiciaire des principes d'*equity* sur la fiducie par déduction et la fiducie par interprétation. Il est compréhensible qu'une confusion entre les deux surgisse dans les litiges relatifs aux biens matrimoniaux, parce que leur effet apparent est normalement un dessaisissement du bien ou de droits sur ce bien, et un transfert du conjoint ayant un titre de propriété à celui qui n'en a pas. Toutefois, la différence essentielle est que le dessaisissement dans la communauté de biens trouve sa source dans le mariage; le dessaisissement en fiducie trouve son origine dans l'intention commune (fiducie par déduction), ou dans la possession arbitraire d'un bien résultant en un enrichissement sans cause (fiducie par interprétation).

En l'espèce, il est manifeste que l'épouse n'est pas tenue de baser sur le seul mariage sa revendication d'un droit sur la propriété de l'époux. La conclusion du juge de première instance l'établit clairement. L'évaluation des contributions des parties connaît des limites lorsqu'il s'agit d'un conflit entre conjoints. En l'espèce, le dossier contient suffisamment de preuves de leurs contributions respectives pour permettre une évaluation approximative, que je considère comme le *modus operandi* des tribunaux canadiens en matière de droit de la famille, étant donné le raisonnement qu'a suivi le savant juge de première instance dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré à l'art. 8 de la Loi de la Colombie-Britannique. Je conclus que le juge de première instance s'est fondé sur des motifs erronés et, en conséquence, que sa décision basée sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire est révisable. Je conclus en outre que s'il avait bien exercé ce pouvoir discrétionnaire, le juge aurait accordé à l'épouse la moitié du domicile conjugal.

Voici le texte de l'ordonnance rendue en première instance:

[TRADUCTION] ET LA PRÉSENTE COUR ORDONNE que si les parties ne s'entendent pas sur la valeur du droit de la demanderesse au quart (¼) de la propriété, à la date de la présente ordonnance, le greffier de la Cour en

shall be held by the Registrar of this Honourable Court to determine the said value which shall be determined by having the said lands and premises appraised and from the appraisal value, deducting the balance owing by the Defendant to the Director of Veterans' Land Act, and then determining the Plaintiff's one-quarter ($\frac{1}{4}$) interest on that said amount.

AND THIS COURT DOTH FURTHER ORDER AND ADJUDGE that Judgment herein be lodged with the Director of Veterans' Land Act for the purpose of having the Defendant honour the Plaintiff's interest as determined herein upon sale or disposition of the said property.

As we now know the husband did not make any payment to the Director by reason of that Court Order and the Director did not have any interest in the lands in question at any time throughout these lengthy proceedings. A series of questions must, however, be answered in order to establish the appropriate order at this time. I say at once that in the field of family law, the concept of retrial is abhorrent. Neither the parties nor the community can afford such luxury. This may thrust a burden upon the appellate tribunals, but better the burden be so reposed than placed back on the parties. The husband is, of course, entitled in all fairness to a credit for that which he has paid to clear the title from any claim by the Director, *Veterans' Land Act*.

This must be so notwithstanding the fact that he co-operated, to put it mildly, in causing this defective provision in the order of the trial court. We know that this payment amounted to \$5,916.69, and in any final accounting the husband should receive a credit for this contribution before the division of the proceeds of any sale or other dividing processes are determined. As for the contribution said to have been made by the "new wife", may it be observed at the outset that this was made not before some date in 1975, that being the time of the husband's second marriage. By this time the property had been subject to a *lis pendens* filed by the wife for four years. The evidence as to

établit la valeur en faisant évaluer le terrain et la maison et en déduisant du montant ainsi obtenu le solde de la dette du défendeur envers le Directeur des terres destinées aux anciens combattants et calcule ensuite la valeur du droit au quart ($\frac{1}{4}$) de la propriété à même ce montant.

ET LA PRÉSENTE COUR ORDONNE EN OUTRE que le présent jugement soit communiqué au Directeur des terres destinées aux anciens combattants afin qu'il veuille à ce que le défendeur honore le droit de la demanderesse établi aux présentes lors de la vente ou de la cession de ladite propriété.

Nous savons maintenant que l'époux n'a effectué aucun paiement au Directeur pour donner suite à cette ordonnance de la cour et que le Directeur ne détenait plus aucun droit sur le bien-fonds en question pendant toutes ces longues procédures. Cependant, la Cour doit résoudre plusieurs questions avant de rendre l'ordonnance appropriée en l'espèce. Je précise d'abord qu'en matière de droit de la famille, le concept du nouveau procès est à rejeter. Ni les parties ni la collectivité ne peuvent se permettre un tel luxe. Cela peut imposer un fardeau aux tribunaux d'appel mais il est encore préférable que les tribunaux, et non les parties, le supportent. En toute justice, l'époux a le droit d'être dédommagé du montant remboursé au Directeur des terres destinées aux anciens combattants afin de libérer le titre de propriété.

Il doit en être ainsi bien qu'il ne soit pas étranger (pour employer un euphémisme) à l'erreur contenue dans l'ordonnance du tribunal de première instance. Nous savons que ce paiement s'élève à \$5,916.69 et cette somme devrait être portée au crédit de l'époux avant de procéder au partage du produit de la vente ou de toute autre méthode de répartition des biens. En ce qui concerne la contribution de l'épouse en secondes noces, je souligne au départ qu'elle n'est pas antérieure à 1975, époque du remariage de l'époux. A ce moment-là, la propriété était grevée d'un avis de *lis pendens* inscrit par l'épouse depuis quatre ans. La preuve relative à cette contribution est extrême-

the details of this contribution are extremely brief and for our purposes, very unsatisfactory. Unhappily, no cross-examination occurred with respect to this evidence. There is no documentation of the claim which is stated to amount to \$5,050. Indeed, we do not even know how much, if any, of such contribution relates to real estate and fixtures and how much may relate to personal property which has added nothing to the value of the real estate. The evidence of the husband is that these contributions were "moneys towards the improvement of the house". For example, reference is made to "new drapes" and to carpets. The improvements were apparently brought about by the new wife providing money "for all the material" and the husband doing the work. The new wife is, of course, not a party to these proceedings, and at most these contributions can be attributed to the husband so as to increase entitlement. It is impossible to determine with any precision how much of the \$5,050 related to material and how much related to work performed by the husband. It is also impossible to determine how much of the materials and work related to the enhancement of the value of the real estate. As I have said above, the evidence required in a family law dispute does not approach the precision of a mercantile dispute, at least for the purpose of measuring precisely the contribution translated to financial terms of the competing spouses. A reference or a new trial to determine the amount and character of these "improvements" will entail expense on the part of the spouses out of all proportion to the worth of the result in the settlement of this family law matter. Therefore, under the circumstances of this case, in order to bring matters to a conclusion, and to reflect so far as possible the evidence introduced by the parties, I would attribute 75 per cent or \$3,786 of this contribution to the credit of the husband in the same manner as the husband is credited above with the final payment to the Director, *Veterans' Land Act*.

Then there is the question of the unilateral occupation of these premises by the husband for the 10 years which have passed since the wife vacated the premises, or eight years from the

mement sommaire et, pour les présentes fins, insatisfaisante. Malheureusement, le témoignage n'a pas fait l'objet d'un contre-interrogatoire. La réclamation, qu'on dit s'élever à \$5,050, n'est étayée par aucune preuve écrite. En fait, nous ne savons même pas dans quelle mesure, le cas échéant, cette contribution a été dépensée pour l'immeuble et des immeubles par destination, et dans quelle mesure elle a été dépensée pour des meubles qui n'ajoutent rien à la valeur de l'immeuble. Selon l'époux, cet argent a été dépensé pour [TRADUCTION] «améliorer la maison». On a parlé de [TRADUCTION] «nouveaux rideaux» et de tapis. Il semble, d'après la preuve, que la nouvelle épouse déboursait l'argent nécessaire à l'achat [TRADUCTION] «de tous les matériaux» et que l'époux se chargeait de l'installation. La nouvelle épouse n'est évidemment pas partie aux présentes procédures et, au mieux, ces contributions peuvent être attribuées au mari de façon à augmenter la valeur de son droit. Il est impossible de déterminer avec précision quelle partie du montant de \$5,050 se rapporte à l'achat de matériaux et quelle partie se rapporte aux travaux effectués par le mari. Il est également impossible de déterminer dans quelle mesure les matériaux et les travaux ont augmenté la valeur de l'immeuble. Comme je l'ai dit, la preuve exigée dans un conflit de droit de la famille ne doit pas être aussi précise que dans un litige d'ordre commercial, du moins aux fins de calculer avec précision la contribution qui se traduit en réclamations monétaires de la part des époux. Un renvoi ou un nouveau procès en vue de déterminer le montant et la nature de ces «améliorations» obligerait les époux à payer des frais démesurés par rapport à la valeur du règlement de ce litige de droit de la famille. En conséquence, dans les présentes circonstances, afin de trancher le débat tout en tenant compte, autant que possible, de la preuve produite par les parties, je porterais 75 pour cent de cette contribution (\$3,786) au crédit de l'époux de la même façon que j'ai porté à son crédit le paiement final versé au Directeur des terres destinées aux anciens combattants.

Reste la question de l'occupation unilatérale de la maison par l'époux pendant les dix années qui se sont écoulées depuis le départ de l'épouse, ou les huit années depuis la date des premières procédu-

commencement of litigation between husband and wife. Whether the wife's interest in the property be ultimately determined to be 50 per cent or something less, the husband has arrogated to himself considerable value in the form of use and occupation of the former family home. It is clear beyond debate that this unilateral occupation was extended by the husband's filing of the notice of appeal to the Court of Appeal in May 1976. Again we are faced with the economic limitation beyond which judicial exploration cannot proceed in the field of family dispute. To determine the value of use and occupation over a decade would require a reference, more evidence, more argument, and perhaps further appeal. Therefore, placing, as the modern tradition in my view does, more emphasis on expeditious justice than finite justice, I would consider the husband's unilateral and extra-legal gain to be swallowed up in the ultimate division of the property between the spouses on a 50/50 basis.

I turn then to the state of the title. So far as this Court can ascertain from the record and from submissions of counsel, the deed from the Director, *Veterans' Land Act* to the husband was transmitted by the Director on the direction of the husband to the Royal Bank of Canada presumably as security for a loan or loans by the husband and perhaps now by the husband and his new wife. The state or balance of this indebtedness is, of course, unknown to us. It may be that the Royal Bank asserts a possessory lien on the deed as collateral security to the personal indebtedness of the husband and/or the new wife. It may be therefore that the only effective disposition that can now be made of this family asset is to direct the sale thereof with an accounting before the appropriate official of the Supreme Court of British Columbia so as to protect the possessory lien of the Royal Bank of Canada, but not at the wife's expense beyond those credits already accorded above to the husband with respect to moneys paid by the husband to the Director, *Veterans' Land Act* in discharging the agreement and recovering the deed to the premises, and the aforementioned improvements to the house made by the husband. Therefore, in implementation of the division of this real estate between husband and wife on the basis already

res judiciaires entre les conjoints. Même si le droit de l'épouse dans la propriété est ultimement évalué à 50 pour cent ou un peu moins, il ne faut pas oublier que le mari s'est arrogé un droit d'une valeur considérable en habitant et en utilisant l'ancien domicile conjugal. Il est incontestable que le mari a prolongé cette occupation unilatérale en déposant un avis d'appel devant la Cour d'appel en mai 1976. Nous faisons de nouveau face à des contraintes économiques que l'enquête judiciaire ne peut surmonter en ce domaine du droit de la famille. La détermination de la valeur de l'utilisation et de l'occupation de la maison pendant plus de dix ans implique un renvoi, des preuves supplémentaires, de nouvelles plaidoiries et peut-être un nouvel appel. En conséquence, insistant, à l'image de la tradition contemporaine, sur une justice plus expéditive que précise, je suis d'avis de considérer l'avantage unilatéral et paralégal dont a bénéficié le mari comme englouti dans le partage définitif, en parts égales, de la propriété entre les conjoints.

J'en viens au titre de propriété. A la lumière du dossier et des arguments des avocats, il appert que l'acte signé par le Directeur des terres destinées aux anciens combattants a été transmis par ce dernier, à la demande de l'époux, à la Banque Royale du Canada pour, semble-t-il, garantir des emprunts faits par le mari ou peut-être par le mari et son épouse en secondes noces. Nous ne connaissons évidemment pas le solde impayé de la dette. Il se peut que la banque possède un privilège sur l'acte à titre de garantie supplémentaire relativement aux dettes personnellement encourues par le mari ou le mari et sa nouvelle épouse. Il semble donc que la seule solution efficace soit d'ordonner la vente de ce bien familial sous la surveillance comptable des officiers compétents de la Cour suprême de la Colombie-Britannique de façon à protéger le privilège de la Banque Royale sans que l'épouse ne soit tenue de payer plus que les montants portés au crédit du mari au titre des sommes que celui-ci a versées au Directeur des terres destinées aux anciens combattants pour compléter l'entente et obtenir l'acte de cession, et au titre des améliorations susmentionnées faites par le mari. En conséquence, pour donner effet au partage de l'immeuble entre les conjoints sur la base précisée ci-dessus, si les parties ne parviennent pas à s'en-

indicated, failing agreement between the parties on the payment of the wife's interest, I would direct a sale of these premises by the Court and a division of the net proceeds of sale in the manner herein provided for. Unless there be some prohibitory British Columbia legislation, such an order would in my view include a term entitling either spouse to bid in the resulting sale process.

I would therefore allow the appeal with costs to the appellant-wife throughout, set aside the judgment of the Court of Appeal and at trial, and direct that the said lands and premises be valued at the date hereof either by agreement between the parties or in the manner hereinafter provided, and that there be deducted from such valuation of the said lands and premises (a) the sum of \$5,916.69 being the moneys paid by the respondent to the Director, *Veterans' Land Act*, and (b) the sum of \$3,786 being the contribution by the husband to the premises as described in these reasons, and that the net remaining value be divided one-half to the appellant-wife and one-half to the respondent-husband; and that the respondent register his title to these lands forthwith in the appropriate Land Registry Office. In the event the parties cannot agree on the value of the said property, the question shall be referred either to the trial judge or to another local judge of the Supreme Court of British Columbia for determination upon such appraisal or other evidence as he may direct or as the parties may present. The interest of the appellant in the said lands determined in accordance with this order shall be a charge against the said lands and premises until paid with interest at the rate of 5 per cent per annum from the date hereof. In the discretion of the said local judge, an order may issue for the sale of the said lands and premises so as to realise the interest of the appellant therein on the basis herein set forth.

Appeal allowed with costs, PIGEON, ESTEY, PRATTE and MCINTYRE JJ. dissenting in part.

Solicitors for the plaintiff, appellant: Stevenson, Doell & Co., Victoria.

Solicitors for the defendant, respondent: Badovinac, Scoffield & Mosley, Port Alberni.

tendre sur le paiement du droit de l'épouse, je suis d'avis d'ordonner la vente de l'immeuble par la cour et un partage du produit net de la vente de la manière susdite. A moins que ce soit impossible en vertu du droit de la Colombie-Britannique, cette ordonnance devrait, à mon avis, autoriser spécifiquement les conjoints à faire une offre à l'occasion de la vente qui pourrait avoir lieu.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours en faveur de l'épouse appelante, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et le jugement de première instance et d'ordonner que la valeur dudit terrain et de la maison soit établie à cette date soit par entente entre les parties soit de la manière prévue ci-dessous et que a) la somme de \$5,916.69 représentant le montant payé par l'intimé au Directeur des terres des anciens combattants et b) la somme de \$3,786 représentant la contribution de l'époux à l'amélioration des lieux précisés dans les présents motifs soient déduites du montant de l'évaluation et que le solde net soit divisé en deux parts égales entre l'épouse appelante et l'époux intimé; j'ordonnerais en outre que l'intimé enregistre son titre au bureau d'enregistrement des titres de bien-fonds approprié. Si les parties ne peuvent s'entendre sur la valeur de la propriété, j'ordonnerais que la question soit renvoyée soit au juge de première instance soit à un autre juge local de la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour que la valeur soit déterminée à la lumière de l'évaluation ou de la preuve que le juge pourra exiger ou que les parties pourront fournir. Le droit de l'appelante dans le bien-fonds établi conformément à la présente ordonnance portera un intérêt annuel de 5 pour cent de la date de ce jugement jusqu'au paiement, et la propriété sera grevée en conséquence. Le juge pourra, à sa discrétion, ordonner la vente du bien-fonds pour donner effet au droit de l'appelante.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges PIGEON, ESTEY, PRATTE et MCINTYRE étant dissidents en partie.

Procureurs de la demanderesse, appelante: Stevenson, Doell & Co., Victoria.

Procureurs du défendeur, intimé: Badovinac, Scoffield & Mosley, Port Alberni.

Deputy Minister of Revenue *Appellant*;

and

Paul Rainville, in his capacity as trustee of Raymond Bourgault, a bankrupt *Respondent*.

1979: March 13; 1979: November 20.

Present: Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey, Pratte and McIntyre JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Bankruptcy — Secured creditor — Interpretation — Crown privilege — Retail sales tax — Cancellation of privilege — Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 2, 107 — Civil Code, art. 1989 — Retail Sales Tax Act, R.S.Q. 1964, c. 71, s. 30.

The Deputy Minister of Revenue (the appellant) registered a privilege on the immovable property of Raymond Bourgault (the bankrupt) pursuant to s. 30 of the *Retail Sales Tax Act*. The trustee (the respondent) was authorized to sell this immovable property, and the Deputy Minister objected to this judgment. The trustee thereupon submitted a motion to cancel the privilege, based on s. 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act*. The Superior Court upheld the Deputy Minister's submission, namely that he was a "secured creditor" within the meaning of s. 2 of the *Bankruptcy Act*, and dismissed the motion. A majority of the Court of Appeal refused to follow the opinion expressed by it earlier in *Supertest Petroleum v. Jacques-Cartier Automobile Inc. and Shink*, [1963] Que. Q.B. 336, where it was held that the Crown was a secured creditor, and the Court ruled in favour of the trustee. Hence the appeal to this Court.

Held (Estey J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Pratte and McIntyre JJ.: Following upon the *Supertest* case, the Legislature amend art. 1989 C.C., and the restriction which it placed on the provincial tax collector's privilege seems to imply admission of the correctness of the unanimous decision of the Court of Appeal on the nature and extent of the privilege. For this reason, there is no need to consider whether the privilege in question constitutes a real right in the immovable property of the debtor.

It is only necessary to examine the scope of, first, the definition of "secured creditor" in s. 2 of the *Bankruptcy Act* and, second, subs. (1)(j) of s. 107, the section setting out the scheme of distribution of the property of

Le sous-ministre du Revenu *Appelant*;

et

Paul Rainville, ès qualité de syndic de Raymond Bourgault, débiteur failli *Intimé*.

1979: 13 mars; 1979: 20 novembre.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey, Pratte et McIntyre.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Faillite — Créancier garanti — Interprétation — Privilège de la Couronne — Impôt sur la vente en détail — Radiation du privilège — Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 2, 107 — Code civil, art. 1989 — Loi de l'impôt sur la vente en détail, S.R.Q. 1964, chap. 71, art. 30.

Le sous-ministre du Revenu (l'appelant) a enregistré un privilège sur l'immeuble de Raymond Bourgault (le débiteur failli) suivant l'art. 30 de la *Loi de l'impôt sur la vente en détail*. Le syndic (l'intimé) ayant été autorisé à vendre cet immeuble, le sous-ministre s'opposa à ce jugement. Le syndic introduisit alors une requête en radiation du privilège, se fondant sur l'al. 107(1)(j) de la *Loi sur la faillite*. La Cour supérieure admit la prétention du sous-ministre, à savoir qu'il était un «créancier garanti» au sens de l'art. 2 de la *Loi sur la faillite*, et rejeta la requête. La Cour d'appel, majoritairement refusa par contre de suivre l'opinion qu'elle avait exprimée antérieurement dans l'arrêt *Supertest Petroleum c. Jacques-Cartier Automobile Inc. et Shink*, [1963] B.R. 336, où elle avait affirmé que le fisc était un créancier garanti, et elle statua en faveur du syndic. D'où le pourvoi devant cette Cour.

Arrêt (le juge Estey étant dissident): Le pourvoi doit être rejeté.

Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Pratte et McIntyre: A la suite de l'arrêt *Supertest*, la Législature a modifié l'art. 1989 C.c. et la restriction qu'elle a apportée au privilège du fisc provincial paraît impliquer la reconnaissance du bien-fondé de la décision de la Cour d'appel sur la nature et l'étendue du privilège. Pour ce motif il n'y a pas lieu de rechercher s'il constitue vraiment un droit réel sur les immeubles du débiteur.

Il n'y a donc qu'à examiner la portée, d'une part, de la définition de «créancier garanti» à l'art. 2 de la *Loi sur la faillite* et, d'autre part, de l'al. (1)(j) de l'art. 107, article qui établit le plan de répartition des biens du

a bankrupt. While there is no conflict in the English version, which uses the word "privilege" in the definition and "preference" in s. 107(1)(j), in French, on the other hand, "secured creditor" is defined as a person "*qui détient ... un privilège sur ou contre les biens du débiteur ...*", and the same word appears in s. 107(1)(j): "*... nonobstant tout privilège statuaire à l'effet contraire*".

It is abundantly clear that s. 107(1)(j) was intended to put on an equal footing all claims by her Majesty in right of Canada or of a province, except in cases where it was provided otherwise: the legislator therefore cannot have intended to allow provincial statutes to confer any higher priority. As the provision in question is federal law intended to override provincial law in Canada, this is not a case for interpretation on the basis of technical meaning. If the contention of the appellant was upheld, it would mean that the Quebec tax collector, provided his privilege was registered before the bankruptcy, would obtain a special preference on the proceeds of the sale of the immovable property in question, instead of having only the *pari passu* priority contemplated in the *Bankruptcy Act*. Such a result would be contrary to the intent of the federal legislator and no imperfection in drafting could justify it. Due to the "notwithstanding" it is clear that he intended by s. 107(1)(j) to deal with the preferential rights of the federal and provincial tax collectors, just as he intended in s. 107(1)(e) and (f) to define those of municipal corporations and of lessors. Furthermore, s. 107(3) shows that, despite the reservation of the rights of "secured creditors", it derogates from the rights of some secured creditors, because it provides that a secured creditor whose "rights are restricted" ranks as an "unsecured creditor".

Estey J., *dissenting*: It can be concluded from construing s. 107(1)(j) and the definition of "secured creditor", in particular the word "charge" contained in that definition, that the claim of the province in question is a secured claim. By registering that claim in accordance with art. 1989 C.C. the Crown has charged the immovable property of the debtor. This charge is embraced by the federal statute, in the definition of "second creditor". Section 107 operates only for the purpose of providing for its realization ahead of the ten preferred claims mentioned in the scheme of distribution.

[*Supertest Petroleum v. Jacques-Cartier Automobile Inc. and Shink*, [1963] Que. Q.B. 336 (disapproved in part); *Re St. Lawrence Investment and Trust Co., Sun Life Assurance v. Brown* (1937), 63 Que. K.B. 546; *Riordon Co. v. Danforth Co.*, [1923] S.C.R. 319; *R. v.*

failli. S'il n'y a pas de conflit dans la version anglaise où l'on emploie le mot «*privilege*» dans la définition et «*preference*» à l'al. 107(1)(j), en français, par contre, on définit «*créancier garanti*» comme une personne «*qui détient ... un privilège sur ou contre les biens du débiteur ...*» et le même mot figure à l'al. 107(1)(j); «*... nonobstant tout privilège statuaire à l'effet contraire*».

Il est manifeste que l'al. 107(1)(j) vise à mettre sur un pied d'égalité toutes les créances de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province sauf dans les cas autrement prévus: le législateur ne peut donc pas avoir voulu permettre que les lois provinciales accordent une autre priorité. Comme nous sommes en présence d'un texte fédéral destiné à trancher sur le droit provincial à travers tout le pays, il ne s'agit pas d'un cas où l'interprétation peut se faire en s'arrêtant au sens particulier d'une expression déterminée. Si l'on admettait la prétention de l'appelant, il en résulterait que le fisc provincial québécois jouirait, à la seule condition que son privilège ait été enregistré avant la faillite, d'une préférence particulière sur le produit de la vente de l'immeuble visé, au lieu de n'avoir droit qu'à la priorité *pari passu* prévue à la *Loi sur la faillite*. C'est un résultat contraire à l'intention du législateur fédéral et que ne sauraient justifier des imperfections de rédaction. A cause du «*nonobstant*» il est clair qu'il a entendu déterminer par l'al. 107(1)(j) les droits privilégiés du fisc fédéral et provincial, tout comme il a entendu régler par les al. 107(1)(e) et (f) ceux des municipalités et des bailleurs. De plus le par. 107(3) démontre que, malgré la réserve des droits des «*créanciers garantis*» il porte atteinte aux droits de certains d'entre eux, car il décrète que celui dont il «*restreint les droits*» prend rang comme «*créancier non garanti*».

Le juge Estey *dissident*: L'interprétation de l'al. 107(1)(j) et de la définition de «*créancier garanti*», et particulièrement du mot «*charge*» compris dans cette définition, permet de conclure que la créance de la province dont il s'agit est une créance garantie. En enregistrant cette créance conformément à l'art. 1989 C.c., la Couronne a grevé l'immeuble du débiteur. Cette charge est visée par la loi fédérale dans la définition de créancier garanti. L'article 107 ne s'applique que pour indiquer que cette créance a priorité sur les dix genres de créances privilégiées mentionnées dans le plan de répartition.

[Jurisprudence: *Supertest Petroleum c. Jacques-Cartier Automobile Inc. et Shink*, [1963] B.R. 336 (arrêt en partie désapprouvé); *Re St-Lawrence Investment and Trust Co., Sun Life Assurance c. Brown* (1937), 63 B.R. 546; *Riordon Co. c. Danforth Co.*,

Popovic, [1976] 2 S.C.R. 308; *Re Midland Book Centre Ltd. and City of Winnipeg* (1976), 66 D.L.R. (3d) 169; *Produits de Caoutchouc Marquis Inc. v. Trottier*, [1962] S.C.R. 676; *In Re Clemenshaw* (1962), 4 C.B.R. 238; *In re Silver Brothers Ltd.*, [1932] A.C. 514; *Larue v. Royal Bank of Canada*, [1926] S.C.R. 218, aff. [1928] A.C. 187; *Board of Industrial Relations v. AVCO Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 699, referred to.]

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec,¹ reversing a judgment of the Superior Court. Appeal dismissed, Estey J. dissenting.

Yves Ouellette, André St-Jean and Serge Gloutnay, for the appellant.

Guy Roy, for the respondent.

English version of the judgment of Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Pratte and McIntyre JJ. delivered by

PIGEON J.—This appeal is from a majority decision of the Court of Appeal of the Province of Quebec, [1978] R.D.F.Q. 153, which reversed the judgment of the Superior Court on a motion to cancel a privilege. This motion made by the respondent trustee prayed for the cancellation of a privilege registered on May 12, 1975, on immovable property of the debtor Raymond Bourgault, in the amount of \$5,474.08 owing under the *Retail Sales Tax Act* (R.S.Q. 1964, c. 71) s. 30 of which provides:

30. Every sum due to the Crown under this act shall constitute a privileged debt ranking immediately after law costs.

The debtor made an authorized assignment on February 24, 1976, and on June 5, 1976, the trustee was authorized to sell by private sale the immovable property on which the privilege was registered. This authorization was attacked by the Deputy Minister of Revenue, whereupon the trustee submitted his motion to cancel. This was based on para. (1)(j) of s. 107 of the *Bankruptcy Act* (R.S.C. 1970, c. B-3), which is as follows:

Scheme of Distribution

107. (1) Subject to the rights of secured creditors, the proceeds realized from the property of a bankrupt

¹ [1970] R.D.F.Q. 153.

[1923] R.C.S. 319; *R. c. Popovic*, [1976] 2 R.C.S. 308; *Re Midland Book Centre Ltd. and City of Winnipeg* (1976), 66 D.L.R. (3d) 169; *Produits de Caoutchouc Marquis Inc. c. Trottier*, [1962] R.C.S. 676; *In Re Clemenshaw* (1962), 4 C.B.R. 238; *In re Silver Brothers Ltd.*, [1932] A.C. 514; *Larue c. La Banque Royale du Canada*, [1926] R.C.S. 218, conf. [1928] A.C. 187; *Board of Industrial Relations v. AVCO Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 699.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹ infirmant un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi rejeté, le juge Estey étant dissident.

Yves Ouellette, André St-Jean et Serge Gloutnay, pour l'appelant.

Guy Roy, pour l'intimé.

Le jugement des juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Pratte et McIntyre a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Le pourvoi attaque un arrêt majoritaire de la Cour d'appel de la province de Québec, [1978] R.D.F.Q. 153, qui a infirmé le jugement de la Cour supérieure sur une requête en radiation de privilège. Cette requête a été introduite par le syndic intimé en vue d'obtenir la radiation d'un privilège enregistré le 12 mai 1975, sur un immeuble du débiteur Raymond Bourgault, pour la somme \$5,474.08 due suivant la *Loi de l'impôt sur la vente en détail* (S.R.Q. 1964, chap. 71) dont l'art. 30 édicte:

30. Toute somme due à la couronne en vertu de la présente loi constitue une dette privilégiée prenant rang immédiatement après les frais de justice.

Le débiteur a fait cession de ses biens le 24 février 1976 et, le 5 juin suivant, le syndic a été autorisé à vendre de gré à gré l'immeuble qui fait l'objet du privilège. Ce jugement a été contesté par le sous-ministre du revenu et c'est alors que le syndic a introduit sa requête en radiation. Celle-ci est fondée sur l'al. (1)(j) de l'art. 107 de la *Loi sur la faillite* (S.R.C. 1970, chap. B-3) dont le texte est comme suit:

Plan de répartition

107. (1) Sous réserve des droits des créanciers garantis, les montants réalisés provenant des biens d'un failli

¹ [1970] R.D.F.Q. 153.

shall be applied in priority of payment as follows:

- (a) in the case of a deceased bankrupt, the reasonable funeral and testamentary expenses incurred by the legal personal representative of the deceased bankrupt;
- (b) the costs of administration, in the following order,
 - (i) the expenses and fees of the trustee,
 - (ii) legal costs;
- (c) the levy payable under section 118;
- (d) wages, salaries, commissions or compensation of any clerk, servant, travelling salesman, labourer or workman for services rendered during three months next preceding the bankruptcy to the extent of five hundred dollars in each case; together with in the case of a travelling salesman, disbursements properly incurred by him in and about the bankrupt's business, to the extent of an additional three hundred dollars in each case, during the same period; and for the purposes of this paragraph commissions payable when goods are shipped, delivered or paid for, if shipped, delivered or paid for within the three-month period, shall be deemed to have been earned therein;
- (e) municipal taxes assessed or levied against the bankrupt within two years next preceding his bankruptcy and that do not constitute a preferential lien or charge against the real property of the bankrupt, but not exceeding the value of the interest of the bankrupt in the property in respect of which the taxes were imposed as declared by the trustee;
- (f) the landlord for arrears of rent for a period of three months next preceding the bankruptcy and accelerated rent for a period not exceeding three months following the bankruptcy if entitled thereto under the lease, but the total amount so payable shall not exceed the realization from the property on the premises under lease, and any payment made on account of accelerated rent shall be credited against the amount payable by the trustee for occupation rent;
- (g) the fees and costs referred to in subsection 50(2) but only to the extent of the realization from the property exigible thereunder;
- (h) all indebtedness of the bankrupt under any Workmen's Compensation Act, under any Unemployment Insurance Act, under any provision of the *Income Tax Act* or the *Income War Tax Act* creating an obliga-

doivent être distribués d'après l'ordre de priorité de paiement suivant:

- a) dans le cas d'un failli décédé, les frais de funérailles et dépenses testamentaires raisonnables, faits par le représentant légal personnel du failli décédé;
- b) les frais d'administration, dans l'ordre suivant:
 - (i) débours et honoraires du syndic,
 - (ii) frais légaux;
- c) prélèvement payable en vertu de l'article 118;
- d) gages, salaires, commissions ou rémunération de tout commis, préposé, voyageur de commerce, journalier ou ouvrier, pour services rendus au cours des trois mois qui ont précédé la faillite jusqu'à concurrence de cinq cents dollars dans chaque cas; et, s'il s'agit d'un voyageur de commerce, les sommes que ce dernier a régulièrement déboursées dans et concernant l'entreprise du failli, jusqu'à concurrence d'un montant additionnel de trois cents dollars dans chaque cas, pendant la même période; et, pour les fins du présent alinéa, les commissions payables sur expédition, livraison ou paiement de marchandises, sont censées gagnées à cet égard durant la période des trois mois, si les marchandises ont été expédiées, livrées ou payées pendant cette période;
- e) les taxes municipales établies ou perçues à l'encontre du failli dans les deux années précédant sa faillite et qui ne constituent pas un droit ou charge privilégié sur les biens immobiliers du failli, mais ne dépassant pas la valeur de l'intérêt du failli dans les biens à l'égard desquels ont été imposées les taxes telles qu'elles ont été déclarées par le syndic;
- f) le propriétaire quant aux arriérés de loyer durant une période de trois mois précédant la faillite, et pour loyer perçu par anticipation pour une période n'excédant pas trois mois après la faillite, s'il y a droit en vertu du bail, mais le montant total ainsi payable ne doit pas dépasser la somme réalisée à même les biens sur les lieux sous bail, mais tout paiement fait pour loyer perçu par anticipation doit être porté au compte du montant payable par le syndic pour loyer d'occupation;
- g) les honoraires et droits mentionnés au paragraphe 50(2), mais jusqu'à concurrence seulement de la réalisation des biens exigibles en vertu de cet article;
- h) toutes dettes contractées par le failli sous l'autorité d'une loi sur les accidents du travail, d'une loi sur l'assurance-chômage, d'une disposition quelconque de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou de la *Loi de l'impôt*

tion to pay to Her Majesty amounts that have been deducted or withheld, *pari passu*;

(i) claims resulting from injuries to employees of the bankrupt to which the provisions of any Workmen's Compensation Act do not apply, but only to the extent of moneys received from persons or companies guaranteeing the bankrupt against damages resulting from such injuries;

(j) claims of the Crown not previously mentioned in this section, in right of Canada or of any province, *pari passu* notwithstanding any statutory preference to the contrary.

(2) Subject to the retention of such sums as may be necessary for the costs of administration or otherwise, payment in accordance with subsection (1) shall be made as soon as funds are available for the purpose.

(3) A creditor whose rights are restricted by this section is entitled to rank as an unsecured creditor for any balance of claim due him.

The Deputy Minister, for his part, maintained that he was a "secured creditor" within the definition of that expression in s. 2 of the Act:

"secured creditor" means a person holding a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against the property of the debtor or any part thereof as security for a debt due or accruing due to him from the debtor, or a person whose claim is based upon, or secured by, a negotiable instrument held as collateral security and upon which the debtor is only indirectly or secondarily liable;

In the Superior Court, an oral judgment by Barbeau J. upheld the Deputy Minister's submission and dismissed the trustee's motion. On appeal Crête J.A., with the concurrence of Turgeon J.A., Casey J.A. dissenting, ruled in favour of the trustee. He disagreed with the opinion expressed by Owen J.A. in the unanimous decision in *Supertest Petroleum v. Jacques-Cartier Automobile Inc. and Shink*² where, after deciding that the privilege in question applied to movable and immovable property, it was held that, as a result, the Crown was a "secured creditor".

² [1963] Qué. Q.B. 336.

de guerre sur le revenu créant une obligation de rembourser à Sa Majesté des sommes qui ont été déduites ou retenues, *pari passu*;

i) les réclamations résultant de blessures subies par des employés du failli, que les dispositions de quelque loi sur les accidents du travail ne visent pas, mais seulement jusqu'à concurrence des montants d'argent reçus des personnes ou compagnies garantissant le failli contre les dommages-intérêts résultant de ces blessures;

j) les réclamations, non précédemment mentionnées au présent article, de la Couronne du chef du Canada ou d'une province du Canada, *pari passu*, nonobstant tout privilège statutaire à l'effet contraire.

(2) Sauf la retenue des sommes qui peuvent être nécessaires pour les frais d'administration ou autrement, le paiement prévu au paragraphe (1) doit être fait dès qu'il se trouve des disponibilités à cette fin.

(3) Tout créancier dont le présent article restreint les droits prend rang comme créancier non garanti, quant à tout solde de réclamation qui lui est dû.

Le sous-ministre pour sa part soutient qu'il est «créancier garanti» selon la définition de cette expression à l'art. 2 de la Loi.

«créancier garanti» signifie une personne détenant un *mortgage*, une hypothèque, un nantissement, une charge, un gage ou un privilège sur ou contre les biens du débiteur ou sur une partie de ses biens, à titre de garantie d'une dette échue ou à échoir, ou une personne dont la réclamation est fondée sur un effet de commerce ou garantie par ce dernier, lequel effet de commerce est détenu comme garantie subsidiaire et dont le débiteur n'est responsable qu'indirectement ou secondairement;

En Cour supérieure le jugement oral du juge Barbeau a admis la prétention du sous-ministre et rejeté la requête du syndic. En appel, le juge Crête avec l'accord du juge Turgeon et la dissidence du juge Casey, a statué en faveur du syndic. Il n'a pas voulu suivre l'opinion exprimée par le juge Owen dans l'arrêt unanime *Supertest Petroleum c. Jacques-Cartier Automobile Inc. et Shink*² où, après avoir statué que le privilège dont il s'agit grève meubles et immeubles, on a affirmé qu'il en résulte que le fisc est un «créancier garanti».

² [1963] B. R. 336.

It should be noted at once that, following upon that case, the Legislature enacted a statute assented to on March 19, 1964 (c. 67) entitled *An Act to protect borrowers against certain abuses and lenders against certain privileges*. Section 2 of this Act added to art. 1989 C.C. the following paragraph:

2. Nevertheless, notwithstanding any provision to the contrary, no privilege of the Crown or of an agent of the Crown shall rank ahead of that of the vendor of an immovable, or ahead of an hypothec, unless it was registered before the sale or hypothec.

Section 5 further provided:

5. Section 2 shall apply to existing privileges.

These provisions, which put a restriction on the provincial tax collector's privilege, implied, in my view, an admission of the correctness of the unanimous decision which had just been rendered by the highest Court of the Province on the nature and extent of such privilege. For this reason, I do not think there is any need for me to consider whether the Court below came to the correct conclusion when holding, as in the earlier case *Re St. Lawrence Investment and Trust Co., Sun Life Assurance v. Brown*³, that the privilege in question constitutes a real right in the immovable property of the debtor.

I shall accordingly take this for granted and examine only the scope of the relevant provisions of the *Bankruptcy Act*. Their legislative history is quite simple. The definition of "secured creditor" has remained practically unchanged since it was enacted by the *Bankruptcy Act* of 1919 (9-10 Geo. V, c. 36, s. 2(gg)). The 1949 Act only added the last part of the sentence concerning negotiable instruments held as collateral security. In the 1919 Act the definition read:

(gg) "secured creditor" means a person holding a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against the property of the debtor, or any part thereof, as security for a debt due or accruing due to him from the debtor;

³(1937), 63 Qué. K.B. 546.

Il convient de noter dès maintenant qu'à la suite de cet arrêt-là, la Législature a édicté une loi sanctionnée le 19 mars 1964 (chap. 67) intitulée *Loi pour protéger les emprunteurs contre certains abus et les prêteurs contre certains privilèges*. L'article 2 de cette loi ajoute à l'art. 1989 C.c. l'alinéa suivant:

2. Toutefois, nonobstant toute disposition contraire, aucun privilège de la Couronne ou d'un agent de la Couronne ne prend rang avant celui du vendeur d'un immeuble, ni avant une hypothèque, s'il n'a pas été enregistré avant la vente ou l'hypothèque.

L'article 5 ajoute:

5. L'article 2 s'applique aux privilèges existants.

Ces dispositions qui apportent une restriction au privilège du fisc provincial, me paraissent impliquer la reconnaissance du bien-fondé de la décision qui venait d'être rendue à l'unanimité par le plus haut tribunal de la province sur la nature et l'étendue de ce privilège. Pour ce motif je ne crois pas qu'il y ait lieu de m'arrêter à rechercher si vraiment l'on a bien jugé en statuant comme on l'avait fait antérieurement dans *Re St-Lawrence Investment and Trust Co., Sun Life Assurance c. Brown*³, que le privilège dont il s'agit constitue un droit réel sur les immeubles du débiteur.

Je ne m'arrêterai donc qu'à examiner la portée des dispositions des textes pertinents de la *Loi sur la faillite* en tenant cela pour acquis. L'historique des textes n'est pas compliqué. La définition de «créancier garanti» est demeurée pratiquement inchangée depuis qu'elle a été édictée par la *Loi de faillite* de 1919 (9-10 Geo. V, chap. 36, art. 2 (gg)). La Loi de 1949 y a seulement ajouté la dernière partie de la phrase touchant l'effet de commerce détenu comme garantie subsidiaire. Cependant, la rédaction de la version française a été améliorée, car en 1919 elle se lisait comme suit:

(gg) «créancier garanti» signifie une personne qui détient un mortgage, une hypothèque, un nantissement, un grèvement, un gage ou un privilège sur ou contre les biens du débiteur, ou toute partie de ces biens, à titre de garantie de la dette due ou acquise et échue du débiteur envers lui;

³(1937), 63 B.R. 546.

In the French version of the 1949 Act, the wording of this definition was somewhat improved. Paragraph 107(1)(j) was introduced by s. 95 of the 1949 Act.

The first observation to be made regarding these provisions is that in the English version of para. 107(1)(j) the essential word used to describe what Parliament intended to eliminate in the event of bankruptcy, is "preference", a word which is not to be found in the definition of "secured creditor". It will be seen, therefore, that if one considers only the English version there is no conflict between para. 107(1)(j) and "secured creditor". The problem is due to the French version in which the word used is "*priviège*", which also appears in the definition of "*créancier garanti*".

We are confronted here by a major problem in the interpretation of federal legislation, and, at this juncture, it is proper to stop to consider the difficulty of the task facing our legislative draftsmen. They must not only formulate all legislative provisions in two languages, but also more often than not they must do so in terms of two different legal systems; the civil law of Quebec and the common law of the other provinces. In bankruptcy legislation, which everywhere impinges upon every area of public and private provincial law, the task is particularly difficult. It is therefore not surprising that major problems should be encountered. Moreover, it is a fact which cannot be ignored that the *Bankruptcy Act* of 1949, like the *Bankruptcy Act* of 1919, was not only derived almost entirely from English sources but was also poorly served by the authors of the French version. One example will suffice. In various provisions of the French version, the word "*priviège*" corresponds to the following words in the English version:

| Section | French version | English version | Article | Version française | Version anglaise |
|--------------|----------------|-----------------|-----------|-------------------|------------------|
| 2- | priviège | privilege | 2- | priviège | privilege |
| 14(g) | priviège | charge | 14(g) | priviège | charge |
| 50(7) | privilèges | liens | 50(7) | privilèges | liens |
| 52(2) | priviège | charge | 52(2) | priviège | charge |
| (3) | priviège | charge | (3) | priviège | charge |
| 53 | priviège | charge | 53 | priviège | charge |
| 58 | priviège | charge | 58 | priviège | charge |
| 59(4) | priviège | lien | 59(4) | priviège | lien |
| 64(1) | priviège | privilege | 64(1) | priviège | privilege |
| (2) | priviège | privilege | (2) | priviège | privilege |
| 68 | priviège | privilege | 68 | priviège | privilege |
| 69 (Heading) | privilèges | Preferences | 69(Titre) | privilèges | Preferences |

Quant à l'al. 107 (1)(j), il a été introduit par l'art. 95 de la Loi de 1949.

La première observation à faire au sujet de ces textes c'est que, dans la version anglaise de l'al. 107 (1)(j), le mot essentiel, celui qui sert à décrire ce dont le législateur fédéral entend écarter l'effet au cas de faillite, c'est «*preference*» un mot que l'on ne retrouve pas dans la définition de «*créancier garanti*». On voit donc que si l'on s'en tient à la version anglaise il n'y a pas de conflit entre l'al. 107 (1)(j) et «*créancier garanti*». Toute la difficulté vient du texte français où l'on trouve le mot «*priviège*» qui figure également dans la définition de «*créancier garanti*».

On touche ici à un problème majeur dans l'interprétation de la législation fédérale et il convient pour bien en juger de s'arrêter un instant à considérer la difficulté de la tâche des rédacteurs de ces lois. Ils doivent non seulement élaborer un texte législatif dans les deux langues mais aussi le plus souvent le faire en fonction de deux systèmes juridiques différents: le droit civil du Québec et la *common law* des autres provinces. Dans la législation sur la faillite qui tranche à chaque instant dans les domaines du droit provincial public et privé, la tâche est particulièrement ardue. Il ne faut donc pas être surpris d'y rencontrer d'énormes difficultés. Au surplus, inutile de le cacher, la *Loi sur la faillite* de 1949 comme la *Loi de faillite* de 1919 est non seulement inspirée presque totalement de source anglaise mais aussi médiocrement servie par le rédacteur de la version française. Qu'on juge par ce seul exemple. Voici à quoi correspond dans le texte anglais le mot «*priviège*» dans diverses dispositions de la version française.

| Section | French version | English version | Article | Version française | Version anglaise |
|---------|----------------------|---------------------|---------|----------------------|---------------------|
| 97(5) | créancier privilégié | preferred creditor | 97(5) | créancier privilégié | preferred creditor |
| 100(3) | privilege | privilege | 100(3) | privilege | privilege |
| 107(e) | charge privilégiée | preferential lien | 107(e) | charge privilégiée | preferential lien |
| 107(j) | privilege | preference | 107(j) | privilege | preference |
| 118 | créancier privilégié | preferred creditor. | 118 | créancier privilégié | preferred creditor. |

As I pointed out in *The Queen v. Popovic*⁴ (at p. 319) the source of the difficulty is that in most cases the legal concept expressed by a French word does not correspond exactly to any English legal term, and vice versa. Such is the case for the "preference" of the Crown mentioned in para. 107(1)(j). It is the right to be paid in priority from the proceeds of a sale of a debtor's property under execution process, but it is not a real right in such property. At common law, a "mortgage creditor" is an assignee of the title to the land in which the debtor, somewhat like a seller with right of redemption, only retains an equity of redemption. If the land is sold by court order, the mortgage creditor gets the proceeds of the sale as being those of his property, because he holds the title subject to the right of the debtor or of the latter's creditors to receive any surplus realized, such surplus representing the value of the equity. It is obvious that in this system, the Crown's preference can be set up only against unsecured creditors, not against mortgage creditors.

Cases prior to 1949 on the meaning of the expression "secured creditor" do not appear of any great help. In fact, the only important decision is the judgment of this Court in *Riordon Co. v. Danforth Co.*⁵ It was held that a creditor holding a builder's privilege within the meaning of art. 2013 C.C. was a "secured creditor" within the meaning of the *Bankruptcy Act*, Anglin J. saying *inter alia* (at p. 327):

... The privileged creditor under the law of Quebec occupies much the same position as the lien-holder in the English law. Both are alike covered by the definition.

In the common law provinces builders' privileges are known as "mechanics' liens". These are clearly of a different kind from what is at issue here and I

⁴ [1976] 2 S.C.R. 308.

⁵ [1923] S.C.R. 319.

Comme je l'ai souligné dans *La Reine c. Popovic*⁴ (à la p. 319) la difficulté vient de ce que la plupart des concepts juridiques exprimés par des vocables français ne correspondent exactement à aucun vocable juridique anglais et vice-versa. Tel est le cas de la «*preference*» de Sa Majesté que vise l'al. 107 (1)(j). C'est le droit d'être payée par priorité sur le produit de la vente en justice des biens d'un débiteur, mais ce n'est pas un droit réel sur ces biens-là. En *common law*, le «*mortgage creditor*» est un cessionnaire du titre à l'immeuble dont le débiteur, un peu comme un vendeur à réméré, ne retient que l'«*equity of redemption*». Si l'immeuble est vendu en justice, celui que nous appelons le créancier hypothécaire touche le produit de la vente de son bien, car c'est lui qui détient le titre sous réserve du droit du débiteur ou des créanciers de ce dernier de toucher tout surplus réalisé qui représente la valeur de l'«*equity*». On voit comment dans ce système la priorité de Sa Majesté ne saurait être opposable qu'aux créanciers chirographaires et non aux créanciers hypothécaires.

La jurisprudence antérieure à 1949 sur le sens de l'expression «*créancier garanti*» ne me semble pas très utile. A vrai dire le seul arrêt important sur ce point c'est celui de cette Cour dans *Riordon Co. c. Danforth Co.*⁵ On y a statué que le créancier d'un privilège de constructeur au sens de l'art. 2013 C.C. était un «*créancier garanti*» au sens de la *Loi de faillite*, le juge Anglin en particulier disant (à la p. 327):

[TRADUCTION] ... Le créancier privilégié a, dans le droit du Québec, à peu près la même situation que le détenteur d'un «*lien*» en droit anglais. Tous deux sont également visés par la définition.

On sait que dans les autres provinces le privilège de constructeur est connu sous le nom de «*mechanics' lien*». C'est évidemment un droit bien

⁴ [1976] 2 R.C.S. 308.

⁵ [1923] R.C.S. 319.

accordingly cannot look to that case for a solution of the problem presently before this Court.

Similarly, I do not think I need examine the decision of the Court of Appeal of Quebec in *Re Ferme St-Antoine Limitée, Cité de Montréal v. Duclos*⁶, in which that Court held that a municipal corporation was a "secured creditor". I think the point is now clearly settled by para. 107(1)(e), which implies that this is so for taxes which constitute a charge against real property and not for other municipal taxes, for which a restricted priority is given. This provision was thus construed in *Re Midland Book Centre Ltd. and City of Winnipeg*⁷ relying on the decision of this Court in *Produits de Caoutchouc Marquis Inc. v. Trottier*⁸.

In this last case the landlord's privilege was in issue. He claimed to be a "secured creditor" for all that for which he was entitled to a privilege under the *Civil Code*. Speaking for a unanimous Court, Abbott J. said (at p. 680):

... in the event of bankruptcy, the right of the landlord to be collocated and paid by preference, and the extent of that preference, are clearly provided for in s. 95. Shortly stated, such preference ranks sixth in order of priority. It is limited to three months' arrears of rent prior to the bankruptcy and to accelerated rent for a period not exceeding three months following the bankruptcy. Any amount payable by preference is limited to the amount realized from property on the lease premises, and any payment on account of accelerated rent must be credited against any amount due by the Trustee for occupation rent.

Due to the "notwithstanding", I find it even clearer in para. 107(1)(j) that the federal Parliament intended to deal with the preferential rights of the federal and provincial tax collectors, just as it intended in para. 107(1)(e) and (f) to define those of municipal corporations and of lessors. I am aware that the Court of Appeal of British Columbia held otherwise for para. (h) (workmen's

différent de celui qui est en cause ici et par conséquent on ne saurait chercher dans cet arrêt la solution du problème qui se soulève ici.

De même, je ne crois pas devoir m'attarder à examiner l'arrêt de la Cour d'appel du Québec *Re Ferme St-Antoine Limitée, Cité de Montréal c. Duclos*⁶ où l'on statua qu'une municipalité est un «créancier garanti». La question me paraît maintenant tranchée nettement par l'al. 107 (1)e) qui implique qu'il en est ainsi pour les taxes qui portent privilège sur les immeubles et non pour les autres taxes municipales auxquelles une priorité restreinte est accordée. C'est l'interprétation qui a été donnée à ce texte dans *Re Midland Book Centre Ltd. and City of Winnipeg*⁷ en se fondant sur l'arrêt de cette Cour *Produits de Caoutchouc Marquis Inc. c. Trottier*⁸.

Dans cette dernière affaire, il s'agissait du privilège du bailleur. Celui-ci se prétendait «créancier garanti» pour tout ce pour quoi il avait droit à un privilège en vertu du *Code civil*. Exprimant l'opinion unanime le juge Abbott a dit (à la p. 680):

[TRADUCTION] ... en cas de faillite, le droit du bailleur d'être colloqué et payé en priorité, et la portée de ce droit de priorité, sont clairement prévus à l'art. 95. En résumé, ce droit de priorité occupe le sixième rang. Il se limite aux trois mois de loyer précédant la faillite et au loyer anticipé pour une période ne dépassant pas trois mois suivant la faillite. Le montant payable en priorité est limité au montant tiré des biens sur les lieux loués et tout paiement versé à titre de loyer anticipé doit être imputé au montant dû par le syndic pour l'occupation des lieux.

A cause du «nonobstant» il me paraît encore plus clair que, le législateur fédéral a entendu déterminer par l'al. 107(1)(j) les droits privilégiés du fisc fédéral et provincial, tout comme il a entendu régler par les al. 107 (1)e) et f) ceux des municipalités et des bailleurs. Il est vrai que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en a jugé autrement pour l'al. h) (cotisations pour accidents

⁶ (1941), 70, Que. K.B. 124.

⁷ (1976), 66 D.L.R. (3rd) 169.

⁸ [1962] S.C.R. 676.

⁶ (1941), 70 B.R. 124.

⁷ (1976), 66 D.L.R. (3d) 169.

⁸ [1962] R.C.S. 676.

compensation assessments), but its decision (*In Re Clemenshaw*⁹) appears to have been rendered in ignorance of the decision of this Court which I have just cited, and the wording of the paragraph is also quite different.

Accordingly, I find that the case turns upon the interpretation of para. 107(1)(j). When s. 95 (now 107) of the 1949 *Bankruptcy Act* is compared with s. 51 of the 1919 *Bankruptcy Act*, it is apparent that by the new Act, Parliament has established a much more elaborate "Scheme of Distribution". Its power to legislate concerning the provincial as well as federal Crown privilege, in the case of bankruptcy, having been established by *In re Silver Brothers Ltd.*¹⁰, the provision clearly indicates its intention to do so and the only question remaining is as to the scope of the provision. It is abundantly clear that this was intended to put on an equal footing all claims by Her Majesty in right of Canada or of a province except in cases where it was provided otherwise, namely, para. (c), the levy, and para. (h), workmen's compensation or unemployment insurance assessments and withholdings for income tax. Paragraph (j) ends with the following words. "notwithstanding any statutory preference to the contrary". The purpose of this part of the provision is obvious. Parliament intended to put all debts to a government on an equal footing; it therefore cannot have intended to allow provincial statutes to confer any higher priority. In my opinion, this is precisely what is being contended for when it is argued that, because the Quebec statute creates a privilege on immovable property effective from the date of registration, the Crown thereby becomes a "secured creditor" and thus escapes the effect of the provision which gives it only a lower priority.

As the provision in question is federal law intended to override provincial law throughout Canada, this is not a case for interpretation on the basis of technical meaning. However, even on a literal construction, I see no insurmountable difficulty. There is of course a contradiction between the reservation at the outset of the rights of

⁹ (1962), 4 C.B.R. 238.

¹⁰ [1932] A.C. 514.

du travail) mais son arrêt (*In Re Clemenshaw*⁹) semble rendu sans avoir pris connaissance de celui de notre Cour que je viens de citer et le texte de l'alinéa est rédigé différemment.

C'est donc à l'interprétation de l'al. 107 (1)(j) qu'il faut s'arrêter. Lorsqu'on fait la comparaison entre l'art. 95 (aujourd'hui 107) de la *Loi sur la faillite* de 1949 et l'art. 51 de la *Loi de faillite* de 1919, on voit que le législateur fédéral a dans la nouvelle Loi établi un «*Plan de répartition*» beaucoup plus élaboré. L'arrêt *In re Silver Brothers Ltd.*¹⁰ lui ayant reconnu le pouvoir de statuer sur le privilège du fisc provincial comme sur celui du fisc fédéral au cas de faillite, le texte indique clairement son intention de le faire et tout ce qu'il faut se demander c'est quelle doit être la portée de la disposition. Il est manifeste que celle-ci vise à mettre sur un pied d'égalité toutes les créances de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province sauf dans les cas autrement prévus, c'est-à-dire, al. c) le prélèvement et al. h) les cotisations pour accidents du travail ou assurance-chômage et les retenues à la source pour l'impôt sur le revenu. Le texte de l'al. j) se termine par les mots suivants: «nonobstant tout privilège statutaire à l'effet contraire». Le but de cette partie de la disposition est évident. Le législateur fédéral a entendu mettre sur pied d'égalité toutes les dettes dues à un gouvernement; il ne peut donc pas avoir voulu permettre que les lois provinciales accordent une autre priorité. A mon avis, c'est précisément ce que l'on réclame en soutenant que, parce que la loi du Québec accorde un privilège sur les immeubles qui prend effet à compter de la date de son enregistrement, le fisc y devient un «*créancier garanti*» et échappe ainsi à la disposition qui ne lui accorde qu'une certaine priorité.

Comme nous sommes en présence d'un texte fédéral destiné à trancher sur le droit provincial à travers tout le pays, il ne s'agit pas d'un cas où l'interprétation peut se faire en s'arrêtant au sens particulier d'une expression déterminée. Mais, même en prenant le texte au pied de la lettre je n'y vois pas de difficulté insurmontable. Il y a évidem-

⁹ (1962), 4 C.B.R. 238.

¹⁰ [1932] A.C. 514.

secured creditors which include privileges and “notwithstanding any statutory preference . . .” However, it is certainly clear that the reservation is a general rule and the “notwithstanding” an exception which takes precedence wherever applicable. Furthermore, subs. 3 shows that s. 107 does derogate from the rights of some secured creditors by providing that a secured creditor whose “rights are restricted” ranks as an “unsecured creditor”.

In any event, in my opinion this is a situation in which, as in *Larue v. Royal Bank of Canada*¹¹, the Court may not refuse to give effect to a federal statute because it does not use the expression that would be correct in a provincial Act, and I think this disposes of the objection based on the English version in which one finds “preference” rather than “privilege”.

There is no need to consider the scope of the expression “claims of the Crown”. It is quite clear that this applies to claims of provincial governments for taxes and I think it is obvious that it does not include claims not secured by Her Majesty’s personal preference, but by a privilege which may be obtained by anyone under general rules of law, such as a vendor’s or a builder’s privilege.

Finally, I think I should be allowed to rely on considerations of the same kind as those on which the judgment of this Court was based in *Board of Industrial Relations v. AVCO Financial Services Realty Ltd.*¹² The appellant was claiming for the payment of wages an absolute priority over all other creditors, including a mortgage creditor, under the following provision:

5A. (1) Notwithstanding any other Act, the amount of wages set forth in a certificate issued under section 5 constitutes a lien and charge in favour of the Board payable in priority over any other claim or right, including those of the Crown in right of the Province, and, without limiting the generality of the foregoing, such priority shall extend over every assignment, including an assignment of book debts, whether absolute or otherwise, every mortgage of real or personal property, and every debenture.

¹¹ [1926] S.C.R. 218, aff. [1928] A.C. 187.

¹² [1979] 2 S.C.R. 699.

ment contradiction entre la réserve des droits du «créancier garanti» par privilège et le «nonobstant tout privilège». Mais n’est-il pas assez clair que la réserve est la règle générale et le «nonobstant», une exception qui doit prévaloir pour ce qui en fait l’objet? De plus, le par. 3 démontre que l’art. 107 porte atteinte aux droits de certains créanciers garantis en décrétant que celui dont il «restreint les droits» prend rang comme «créancier non garanti».

De toute façon, il s’agit à mon avis, d’un cas où comme dans *Larue c. La Banque Royale du Canada*¹¹, on ne peut pas refuser de donner effet au texte fédéral parce qu’il n’utilise pas ce qui serait l’expression correcte dans la loi provinciale, et cela me paraît disposer de l’objection tirée de la version anglaise où on lit «*preference*» et non «*privilege*».

Il ne serait pas à propos de rechercher la portée exacte de l’expression «réclamations de la Couronne». Il est bien sûr qu’elle s’applique aux créances du fisc et il me paraît évident qu’elle ne saurait embrasser des créances garanties non par un privilège propre à Sa Majesté mais par un privilège dont toute autre personne peut jouir en vertu des principes généraux du droit tel que le privilège de vendeur, celui de constructeur, etc.

En dernier lieu, il me semble permis de faire état de considérations du même ordre que celles qui ont motivé l’arrêt de cette Cour dans *Board of Industrial Relations c. AVCO Financial Services Realty Ltd.*¹² L’appelant réclamait pour le paiement de salaires une priorité absolue sur tous autres créanciers, y compris un créancier hypothécaire, en vertu de la disposition suivante:

5A. (1) [TRADUCTION] Nonobstant toute autre loi, le montant des salaires indiqué au certificat délivré en vertu de l’article 5 constitue une créance privilégiée payable à la Commission par préférence à toute autre dette ou créance, y compris celles de la Couronne du chef de la province, et, sans limiter la portée de ce qui précède, ce privilège prévaut sur toute cession, y compris une cession de créance, absolue ou non, toute hypothèque sur biens réels ou personnels et toute obligation.

¹¹ [1926] R.C.S. 218, conf. [1928] A.C. 187.

¹² [1979] 2 R.C.S. 699.

Speaking for a unanimous Court, Martland J. said:

Another example of the difficulty created by the Board's broad interpretation of s. 5A is the case of an employer purchasing a family residence from a vendor under an agreement for sale, title to land remaining in the vendor. If the Board's contention is correct, a lien under s. 5A arising after the agreement for sale was made would attach to the land, rather than to the employer's equity in the land and could deprive the vendor of his title, even though the purchaser's equity in the land was minimal.

When it legislated to safeguard the rights of vendors and of hypothecary creditors, the Quebec legislature did not have to be concerned with the rights of those who had only given a promise of sale, because in the civil law the promisee, as well as a tenant, has no real right in the land.

If the contention of the Deputy Minister of Revenue in the case at bar was upheld, it would mean that the Quebec tax collector, provided his privilege was registered before the bankruptcy, would obtain a special preference on the proceeds of the sale of the immovable property in question, instead of having only the *pari passu* priority contemplated in the scheme of distribution established by the *Bankruptcy Act*. In my opinion, such result would be contrary to the intent of Parliament and no imperfection in drafting could justify it.

I am of the opinion that the appeal should be dismissed. In accordance with the terms under which leave was granted, the appellant will pay respondent's costs on a solicitor and client basis.

The following are the reasons delivered by

ESTEY J. (*dissenting*)—I have had the opportunity of reading the judgment of my colleague, Pigeon J. but, with all deference, have reached a different conclusion.

The provincial Crown has a claim for debt under the *Retail Sales Act* of Quebec. This claim, described in s. 30 of that Act as "a privileged debt," the Province caused to be registered against the lands of the debtor, now the bankrupt, under the appropriate land registry provisions of the

Exprimant l'opinion unanime, le juge Martland a dit:

Un autre cas qui illustre bien les difficultés que soulève l'interprétation large soutenue par la Commission c'est celui d'un employeur qui a acquis par promesse de vente une résidence familiale dont le vendeur est resté propriétaire. Si la prétention de la Commission est juste, le privilège créé par l'art. 5A après l'acte d'acquisition grèverait l'immeuble plutôt que le droit de l'employeur à l'immeuble et pourrait priver le vendeur de son droit, même si le droit de l'acheteur n'a qu'une valeur minime.

Lorsqu'il a légiféré pour sauvegarder les droits des créanciers d'un prix de vente ou d'une hypothèque, le législateur québécois n'avait pas à se préoccuper du cas de celui qui n'a consenti qu'une promesse de vente car, en droit civil l'autre partie, de même qu'un locataire, n'a pas de droit réel dans la chose.

Si l'on admettait dans la présente cause la prétention du sous-ministre du revenu, il en résulterait que le fisc provincial québécois jouirait, à la seule condition que son privilège ait été enregistré avant la faillite, d'une préférence particulière sur le produit de la vente de l'immeuble visé, au lieu de n'avoir droit qu'à la priorité *pari passu* prévue au plan de répartition établi par la *Loi sur la faillite*. C'est un résultat qui me paraît contraire à l'intention du législateur fédéral et que ne sauraient justifier des imperfections de rédaction.

Je conclus au rejet du pourvoi. Suivant la condition de l'autorisation, l'appellant devra payer les dépens de l'intimé comme entre avocat et client.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ESTEY (*dissident*)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Pigeon, mais, avec égards, j'arrive à une conclusion différente.

La province est titulaire d'une créance en vertu de la *Loi de l'impôt sur la vente en détail*. Suivant les dispositions du *Code civil* à ce sujet, la province a fait enregistrer contre les biens-fonds du débiteur cette créance que l'art. 30 de la *Loi* décrit comme «une dette privilégiée». Cet enregistrement est

Civil Code. Such registration was authorized by art. 1989 of the Code, which provides as follows:

The Crown has certain rights and privileges resulting from the laws relating to customs, and from other provisions contained in special statutes concerning matters of public administration.

Nevertheless, notwithstanding any provision to the contrary, no privilege of the Crown or of an agent of the Crown shall rank ahead of that of the vendor of an immovable, or ahead of a hypothec, unless it was registered before the sale or hypothec.

Further reference is made to such registered claims of the Crown in art. 2121 of the Code, para. 1 and 2:

The judgments and judicial acts of the civil courts confer hypothecs when they are registered, from the date only of the registration of a notice specifying and describing the immovable of the debtor upon which the creditor intends to exercise his hypothec.

The same rule applies to all claims of the crown to which any tacit hypothec or privilege is attached by law.

Clearly, the effect of such registration in provincial law is to give priority over subsequent claimants against the land on which the claim is registered.

This being the status of the claim under the law of the Province, we then turn to the *Bankruptcy Act*. By s. 2 of that Act a "secured creditor" is defined as follows:

"secured creditor" means a person holding a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against the property of the debtor or any part thereof as security for a debt due or accruing due to him from the debtor, or a person whose claim is based upon, or secured by, a negotiable instrument held as collateral security and upon which the debtor is only indirectly or secondarily liable;

It would seem reasonable to construe the definition of a secured creditor as including a person (here the Crown) as having "... a charge ... against the property of the debtor ... as security for a debt due ...". Section 107 of the Act then establishes the "scheme of distribution" of the

autorisé par l'art. 1989 du Code dont voici le texte:

La Couronne a certains privilèges et droits résultant des lois de douane et autres dispositions contenues dans les statuts spéciaux relatifs à l'administration publique.

Toutefois, nonobstant toute disposition contraire, aucun privilège de la Couronne ou d'un agent de la Couronne ne prend rang avant celui du vendeur d'un immeuble, ni avant une hypothèque, s'il n'a pas été enregistré avant la vente ou l'hypothèque.

Les alinéas 1 et 2 de l'art. 2121 du Code font également mention des créances enregistrées de la Couronne:

Les jugements et actes judiciaires des tribunaux civils n'acquièrent d'hypothèques par suite de leur enregistrement, qu'à compter de celui d'un avis spécifiant et désignant les immeubles du débiteur sur lesquels le créancier entend faire valoir son hypothèque.

La même règle s'applique aux créances de la Couronne auxquelles la loi attache quelque privilège ou hypothèque tacite.

En droit provincial, pareil enregistrement a nettement pour effet d'accorder priorité à l'encontre des titulaires de créances subséquentes à l'égard des biens-fonds contre lesquels la créance est enregistrée.

Voilà quelle est la situation de la créance en vertu du droit provincial. Passons maintenant à la *Loi sur la faillite*. L'article 2 de la Loi définit comme suit un «créancier garanti»:

«créancier garanti» signifie une personne détenant un *mortgage*, une hypothèque, un nantissement, une charge, un gage ou un privilège sur ou contre les biens du débiteur ou sur une partie de ses biens, à titre de garantie d'une dette échue ou à échoir, ou une personne dont la réclamation est fondée sur un effet de commerce ou garantie par ce dernier, lequel effet de commerce est détenu comme garantie subsidiaire, et dont le débiteur n'est responsable qu'indirectement ou secondairement;

Il semblerait raisonnable d'interpréter la définition d'un créancier garanti de façon à comprendre une personne (en l'espèce la Couronne) qui détient «... une charge ... contre les biens du débiteur ... à titre de garantie d'une dette échue ...». L'article 107 de la Loi établit ensuite le «plan de

assets of the bankrupt's estate and it provides in part as follows:

Scheme of Distribution

107. (1) Subject to the rights of secured creditors, the proceeds realized from the property of a bankrupt shall be applied in priority of payment as follows:

There then follow ten types of claims to be paid by the Trustee in the priority or ranking thereby established out of any residue remaining after payment of secured creditors. The tenth claim is described as follows:

- (j) claims of the Crown not previously mentioned in this section, in right of Canada or of any province, *pari passu* notwithstanding any statutory preference to the contrary.

It may be said that para. (j) has the effect of overriding any other provision and thereby ranks a claim by the Crown of the kind now before the Court after the previous nine classes of claims. However, in my view, it is unnecessary to consider the meaning of para. (j) because such a subclause, inserted only to rank or create priorities of claims after the payment of secured claims, cannot be construed as somehow reducing the definition of a secured creditor under the Act. If the Crown is indeed within the definition of a secured creditor, as I have concluded above, then as such the Crown will recover the assets of the estate to the satisfaction of its claim or the exhaustion of those assets, whichever first occurs. The succeeding paragraphs operate only after the secured claim is paid off, and then only if assets remain in the hands of the Trustee.

The sequence of the legal events with which we are here concerned can be described in another way. By s. 30, the Crown has a claim therein described as a "privileged debt". By registration of such claim pursuant to art. 1989 of the *Civil Code*, the Crown has charged a specific asset of the debtor, the debtor's interest in land. This charge is embraced in the definition of a "secured creditor" in the federal statute. Section 107 prescribes a

répartition» de l'actif du failli. Voici un extrait de cet article:

Plan de répartition

107. (1) Sous réserve des droits des créanciers garantis, les montants réalisés provenant des biens d'un failli doivent être distribués d'après l'ordre de priorité de paiement suivant:

Suivent dix genres de réclamations que le syndic doit payer d'après l'ordre de priorité ou rang établi à l'article, à même tout solde qui reste après paiement des créanciers garantis. Le dixième genre de réclamations est décrit comme suit:

- j) les réclamations, non précédemment mentionnées au présent article, de la Couronne du chef du Canada ou d'une province du Canada, *pari passu*, nonobstant tout privilège statutaire à l'effet contraire.

On peut dire que l'al. j) a pour effet de supplanter toute autre disposition et place ainsi une réclamation de la Couronne du genre de celle à l'étude après les neuf premières catégories de réclamations. Cependant, à mon avis, il n'est pas nécessaire d'examiner le sens de l'al. j) parce qu'on ne peut interpréter une telle disposition, insérée à la seule fin d'établir le rang ou ordre de priorité des réclamations après le paiement des créances garanties, comme modifiant d'une manière ou d'une autre la définition de créancier garanti donnée par la Loi. Si, comme j'ai conclu précédemment, la Couronne est effectivement comprise dans la définition de créancier garanti, alors, elle est fondée, à ce titre, à puiser dans l'actif de la faillite jusqu'à concurrence de sa réclamation ou, s'il est insuffisant, jusqu'à l'épuisement de l'actif. Les dix alinéas n'ont d'effet qu'après paiement complet des créances garanties, et ce seulement si le syndic dispose encore d'un reste d'actif.

On peut décrire d'une autre façon la succession des événements juridiques qui nous intéressent ici. Aux termes de l'art. 30 la Couronne a une créance décrite comme une «dette privilégiée». En enregistrant cette créance conformément à l'art. 1989 du *Code civil*, la Couronne a grevé un certain bien du débiteur, son immeuble. Cette charge est visée par la loi fédérale dans la définition de «créancier garanti». L'article 107 impose un plan de réparti-

distribution plan for claimants other than secured creditors. To increase the radius of operation of such distribution plan would require another provision in the federal statute either in the form of a revision of the definition of "secured creditor" in s. 2 or a revision of the plan of distribution in s. 107(1) by the addition of another subsection in s. 107 as indeed was done in the case of subs. (3). It is, however, the federal Act as now constituted with which we are of course concerned.

Subsection (1)(j) of s. 107 raises many interpretative problems.

1. By its very position in the statute it does not qualify or affect the introductory wording of the subsection itself, that is subs. (1) of s. 107. When such an effect is desired, the draftsman logically, and indeed imperatively in the circumstances created by the structure and phraseology adopted in subs. (1) itself, must go to the use of another paragraph as has been done, for example, in the case of subs. (2) and (3) of this same section. The only contrary approach is to read the opening of subs. (1) as not including of necessity anything contained in the subsequent paragraphs. Thus it may be said that one first must construe the paragraphs in order to interpret the opening and controlling words. This procedure in turn requires an interpretation of these paragraphs before a meaning can be assigned to the definition of "secured creditor," the term employed in the opening of subs. (1) of s. 107, and defined in s. 2. In the end, one must, in such a process, conclude that the definition of "secured creditor" may not include a creditor referred to in the paragraphs of subs. (1) of s. 107.

2. The phrase "not previously mentioned" is capable of at least two meanings; firstly, that a Crown claim falling within the definition of "secured creditor" is "previously mentioned" in subs. (1) and therefore excluded from the para. (j); or conversely, to be excluded from (j) a Crown claim must have been specifically so described, as in the case of para. (h), in order to be excluded from para. (j). If I were required to place an interpretation on these words (which I am not by reason of the approach taken above) I would conclude that

tion pour les réclamants autres que les créanciers garantis. Pour élargir l'effet de ce plan de répartition il faudrait une autre disposition dans la loi fédérale qui prendrait la forme soit d'une révision de la définition de «créancier garanti» à l'art. 2 ou d'une révision du plan de répartition prévu au par. 107(1) par l'addition d'un autre paragraphe à l'art. 107 comme cela a d'ailleurs déjà été fait dans le cas du par. (3). Toutefois, c'est la Loi fédérale telle qu'elle est maintenant rédigée qui, évidemment, doit retenir notre attention.

L'alinéa 107(1)j) pose plusieurs problèmes d'interprétation.

1. Par sa situation même dans la loi, il ne limite ni ne modifie les mots introductifs du paragraphe lui-même, soit le par. 107(1). Lorsqu'un tel effet est voulu, le rédacteur doit, logiquement et, en fait, impérativement dans les circonstances créées par la structure et la phraséologie adoptées au par. (1) lui-même, décider d'utiliser un autre paragraphe comme cela a été fait, par exemple, dans le cas des par. (2) et (3) de ce même article. La seule autre façon d'y arriver est de lire le début du par. (1) comme ne comprenant pas nécessairement tout ce qui est contenu dans les alinéas subséquents. Ainsi l'on peut dire qu'il faut d'abord interpréter les alinéas afin de pouvoir interpréter les mots introductifs et directeurs. Cette façon de procéder nécessite à son tour qu'on interprète ces alinéas avant de pouvoir attribuer un sens à la définition de «créancier garanti», l'expression utilisée au début du par. 107(1) et définie à l'art. 2. En définitive, pareille démarche amène à conclure que la définition de «créancier garanti» ne peut pas comprendre un créancier dont il est fait mention aux alinéas du par. 107(1).

2. On peut donner à l'expression «non précédemment mentionnées» au moins deux significations; premièrement, qu'une créance de la Couronne qui est comprise dans la définition de «créancier garanti» est «précédemment mentionnée» au par. (1) et donc exclue de l'al. j); ou réciproquement, pour être exclue de l'al. j) une créance de la Couronne doit avoir été expressément décrite, comme dans le cas de l'al. h). Si je devais interpréter ces mots (ce que je ne suis pas tenu de faire vu la façon dont j'ai abordé la question) je conclurais

the interpretation of this paragraph must, if possible, be in consonance with the plain and ordinary meaning of the introductory and basic provision of the subsection and hence I would read (j) as not including a secured Crown claim.

3. The term “notwithstanding any statutory preference to the contrary” also raises an uncertainty apart altogether from differences in the two official language versions of the subsection. Either the phrase modifies the expression “applied . . . [to] . . . claims of the Crown,” or the expression “*pari passu*”. To complicate matters further, a comma follows *pari passu* in the French but not in the English version. Again, in order to produce symmetry in the entire subs. (1), my view of the interpretative canons requires the adoption of a meaning which the words used in the paragraph will bear and which is in sympathy with the principle enunciated in the subsection itself. Accordingly, I would read the phrase as qualifying *pari passu* and conclude that the comma in the French version has been casually inserted to facilitate reading of the clause and not with a view to straining the plain meaning or to introduce a concept contrary to the general provision under which (j) forms but a paragraph.

4. The expression “statutory preference” may refer to a preference «whatever that term may mean) created in the applicable law of the province or by the *Bankruptcy Act* or other federal enactment or both. Paragraph (h), for example, refers to both provincial and federal legislation and directs that such claims rank *pari passu*. The general pattern of priorities in subs. (1) would indicate that the term “statutory” is all-embracing and includes both federal and provincial enactments.

I find comfort in reaching the conclusion which I have in the unanimous decision of the Court of Appeal of the Province of Quebec in the judgment in *Supertest Petroleum v. Jacques-Cartier Automobile Inc. and Shink*¹³ wherein Owen J. stated:

que l'interprétation de cet alinéa doit, si c'est possible, être conforme au sens simple et ordinaire de la disposition introductive et principale du paragraphe et, par conséquent, j'interpréterais l'al. j) comme ne comprenant pas une créance garantie de la Couronne.

3. L'expression «nonobstant tout privilège statutaire à l'effet contraire» soulève également une ambiguïté indépendamment des différences que comportent les deux versions de l'alinéa. La locution modifie soit l'expression «distribués . . . [à l'acquit des] . . . réclamations de la Couronne» ou l'expression «*pari passu*». Pour compliquer davantage les choses, une virgule est placée après *pari passu* dans la version française mais non dans la version anglaise. Encore, pour assurer la symétrie dans tout le par. (1), ma conception des règles d'interprétation exige que l'on adopte un sens que peuvent avoir les mots de l'alinéa et qui est conforme au principe énoncé dans le paragraphe lui-même. Par conséquent, je suis d'avis d'interpréter la locution comme modifiant l'expression *pari passu* et de conclure que la virgule dans la version française a été ajoutée dans le seul but de faciliter la lecture de la disposition et non pas dans l'intention d'en forcer le sens clair ou d'introduire un concept contraire à la disposition générale dont j) n'est qu'un alinéa.

4. L'expression «privilège statutaire» peut se rapporter à un privilège (quelle que soit la signification de ce mot) créé par la loi provinciale applicable ou par la *Loi sur la faillite* ou une autre loi fédérale ou les deux. L'alinéa h), par exemple, se rapporte aux lois provinciales et fédérales et exige que ces réclamations prennent rang *pari passu*. L'ordre général des priorités au par. (1) indique que le mot «statutaire» englobe tout et comprend les lois fédérales et provinciales.

Ma conclusion trouve un appui dans l'arrêt unanime que la Cour d'appel de la province de Québec a rendu dans *Supertest Petroleum c. Jacques-Cartier Automobile Inc. et Shink*¹³ où le juge Owen dit:

¹³ [1963] Que. Q.B. 336.

¹³ [1963] B.R. 336.

In my opinion s. 95 (now s. 107) of *The Bankruptcy Act* has no application to the Crown in the present case because the Crown was a secured creditor.

The claims of the Crown arose in that proceeding under the *Sales Tax Act* and the *Corporation Tax Act*, both of which contain sections identical to s. 30 of the *Retail Sales Tax Act* set out above, and s. 95(1) is in the same terms as s. 107(1).

The critical provision, in my view, therefore is the definition of "secured creditor" in s. 2 and that definition in turn raises the principal question in these circumstances as to the meaning of the word "charge" which is undefined in the statute. In *Jowitt's Dictionary of English Law* the following is found at p. 321:

"Charge" as applied to property signifies that it is security for the payment of a debt or performance of an obligation. It is a general term, and therefore includes mortgages, liens, writs of execution, etc., but is also applied in a restricted sense to cases where the security has no special name, and where there is not necessarily a personal debt.

Further on the same page the following appears:

Land charges (q.v.) are usually void against a purchaser for value of the lands unless such charges are registered in the register of land charges which is kept at the Land Registry.

A discussion of the term "charge" in *Re Price: Ex parte Tinning*¹⁴, at p. 160, sets out what is generally understood by the term in the law.

Australia—The words 'charge' and 'lien' are often interchangeable. The quality of each . . . is that, so far as is necessary, it appropriates or sets aside some particular property, real or personal, by making a deduction from the absolute ownership of it, in favour of someone who is given by law, or by agreement, will, or otherwise, the right to resort to the property to satisfy or discharge some obligation. They add to the right *in personam* a limited right *in rem*.

The same concept has been expressed as follows:

The word 'charge' may well be used to describe a burden imposed upon land, and if a payment has to be

¹⁴ (1931), 26 Tas. L. R. 158.

[TRADUCTION] A mon avis l'art. 95 (maintenant l'art. 107) de la *Loi sur la faillite* ne s'applique pas à la Couronne en l'espèce parce que la Couronne est un créancier garanti.

Dans cette affaire, les créances de la Couronne résultaient de la *Loi de l'impôt sur la vente en détail* et de la *Loi de l'impôt sur les corporations*, qui contiennent toutes deux des articles identiques à l'art. 30 de la *Loi de l'impôt sur la vente en détail*, cité précédemment et, le texte du par. 95(1) est le même que celui du par. 107(1).

La disposition capitale est donc, à mon avis, la définition de «créancier garanti» à l'art. 2 et cette définition soulève à son tour une importante difficulté quant au sens du mot «charge» que la Loi ne définit pas. Voici la définition qu'en donne *Jowitt* dans *Dictionary of English Law*, à la p. 321:

[TRADUCTION] «Charge», relativement à un bien, désigne une garantie du paiement d'une dette ou de l'exécution d'une obligation. Il s'agit d'un terme général, il comprend donc les *mortgages*, gages, brefs d'exécution, etc., mais il possède également un sens restreint dans les cas où la garantie n'a pas de nom précis et où il n'y a pas nécessairement une dette personnelle.

Puis, plus loin sur la même page:

[TRADUCTION] Les charges sur un bien-fonds (q.v.) sont habituellement nulles vis-à-vis d'un acquéreur à titre onéreux sauf si ces charges sont inscrites au registre des charges sur les biens-fonds tenu au Bureau d'enregistrement des titres de biens-fonds.

L'arrêt *Re Price: Ex parte Tinning*¹⁴, à la p. 160, expose le sens général de ce terme en droit.

[TRADUCTION] Australie—Les mots «charge» et «gage» sont souvent interchangeables. Leur effet . . . consiste, dans la mesure où cela est nécessaire, à grever un bien déterminé, immeuble ou meuble, en affectant le droit de propriété absolu y afférent, en faveur d'une personne qui possède, en vertu de la loi, d'un contrat, d'un testament ou autrement, le droit d'avoir recours au bien pour faire acquitter ou exécuter une obligation. Ils ajoutent au droit *in personam* un droit limité *in rem*.

On retrouve la même notion dans l'extrait suivant:

[TRADUCTION] Le mot «charge» peut être employé pour décrire l'affectation d'un bien-fonds à l'égard

¹⁴ (1931), 26 Tas. L.R. 158.

made in respect of land, and it can only be enjoyed subject to the liability for that payment, I cannot think that there would be any great straining of language if it were spoken of as charged upon the land.

*Payne v. Esdaile*¹⁵, per Lord Herschell, L.C., at pp. 623, 624.

In our country the Court of Appeal of British Columbia had occasion to consider the meaning of "charge" under *The Bankruptcy Act* as it existed in 1932 in *Dinning v. Workmen's Compensation Board*¹⁶ where the Chief Justice of British Columbia referred to a debenture blanket mortgage on real estate as "a specific charge upon the property" after crystallization on the happening of the bankruptcy. Macdonald C.J.B.C. then continued:

The proceeds of the appellant's security is, I think, to be paid to the appellant and forms no part in the property to be distributed amongst the unsecured creditors unless it can be said that the indebtedness of the bankrupt to the Workmen's compensation Board is by the words of secs. 121 and 125 a charge on the debtor's property or on the property in the hands of the trustee (*per* Macdonald C.J.B.C. at p. 374-5).

Sections 121 and 125 of the then *Bankruptcy Act*, in providing for priority of claims in s. 121, stated in s. 125:

125. Nothing in the four last preceding sections shall interfere with the collection of any taxes, rates or assessments payable by or levied or imposed upon the debtor or upon any property of the debtor under any law of the Dominion, or of the province wherein such property is situate, or in which the debtor resides, nor prejudice or affect any lien or charge in respect of such property created by any such laws.

The definition of "secured creditor" in the English version (which I have set out above) makes specific reference to a charge in describing a secured creditor, and the term "*une charge*" appears as well in the French language version. The traditional French language dictionaries do not set out a meaning for this word as it may be employed in connection with legal matters, but in the absence of any indication to the contrary either in the statute or in an authoritative work, one must

duquel un paiement est dû et le droit ainsi créé ne peut être exercé que si le paiement est exigible et, à mon avis, il n'est pas inexact de dire, dans un tel cas, qu'une charge grève le bien-fonds.

*Payne v. Esdaile*¹⁵, lord Herschell, L.C., aux pp. 623 et 624.

Au Canada, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a eu l'occasion d'étudier le sens du mot «charge» dans la *Loi de faillite* en vigueur en 1932 dans *Dinning v. Workmen's Compensation Board*¹⁶; le Juge en chef de la Colombie-Britannique y parle d'une obligation hypothécaire générale sur les biens immobiliers comme étant [TRADUCTION] «une charge spécifique sur le bien-fonds» après le gel qui suit la faillite. Le juge en chef Macdonald a ensuite dit:

[TRADUCTION] Le produit de la garantie de l'appelant doit, à mon avis, lui être versé et ne fait pas partie des biens à répartir entre les créanciers chirographaires à moins que l'on puisse dire que l'endettement du failli envers la Commission des accidents du travail constitue, en vertu des art. 121 et 125, une charge sur les biens du débiteur ou sur les biens confiés au syndic (aux pp. 374 et 375).

Les articles 121 et 125 de la *Loi de faillite* en vigueur à l'époque établissaient l'ordre de priorité de réclamations et l'art. 125 disposait:

125. Rien dans les quatre articles précédents ne doit nuire à la perception d'impôts, de taxes ou de cotisations payables par le débiteur, ou prélevés sur lui ou à lui imposés, ou prélevés ou imposés sur des biens quelconques du débiteur en vertu des lois du Canada, ou de la province où ces biens sont situés, ou dans laquelle le débiteur a son domicile, ni porter préjudice ou atteinte à un privilège ou à une charge sur ces biens créés par l'une quelconque de ces lois.

La définition de «créancier garanti» dans la version anglaise renvoie spécifiquement à «*a charge*» dans sa description du créancier garanti et l'expression «une charge» figure également dans la version française. Les dictionnaires français les plus connus ne donnent pas à ce mot un sens applicable dans le domaine juridique, mais, en l'absence d'indication contraire dans la loi ou dans la doctrine, il faut présumer que ce mot a le même sens général dans les deux langues, particulière-

¹⁵ (1888), 13 App. Cas. 613.

¹⁶ [1932] 1 D.L.R. 373.

¹⁵ (1888), 13 App. Cas. 613.

¹⁶ [1932] 1 D.L.R. 373.

assume that the word carries the same general meaning in both languages, particularly where, as here, each word appears at the same point in the definition.

The provincial claim here in issue therefore, in my view, is a secured claim and s. 107 operates only for the purpose of providing for its realization ahead of the subsequently mentioned ten preferred claims. This being so, I do not find it necessary to deal with the apparent differences between the French and English versions of para. (j). Nor do I find it necessary to deal with the question as to whether the concluding words of para. (j), quoted above, can be reconciled with the words adopted by Parliament in the definition of "secured creditor." Had I not taken the foregoing view of the effect of para. (j) and its opening words, I would have been in complete agreement with the analysis made by my brother Pigeon J. of para. (j) and the impact thereon of the law of Quebec.

I therefore would allow the appeal and restore the disposition made in the Superior Court with costs.

Appeal dismissed, ESTEY J. dissenting.

Solicitors for the appellant: St-Jean, Fortin & Associés, Montreal.

Solicitors for the respondent: Roy & Charbonneau, Montreal.

ment lorsque, comme en l'espèce, chaque mot figure au même endroit dans la définition.

En conséquence, j'estime que la créance de la province dont il est question est une créance garantie et que l'art. 107 ne s'applique que pour indiquer que cette créance a priorité sur les dix genres de créances privilégiées mentionnées dans ses alinéas. Cela étant, je n'estime pas nécessaire de me prononcer sur les différences apparentes entre les versions française et anglaise de l'al. j) ni de rechercher si les derniers mots de l'al. j), précités, sont conciliables avec les mots employés par le Parlement dans la définition de «créancier garanti». N'eût été l'opinion que je viens d'exprimer quant à l'effet de l'al. j) et de ses mots introductifs, j'aurais été entièrement d'accord avec l'analyse de l'al. j) qu'en fait mon collègue le juge Pigeon ainsi que des répercussions du droit québécois sur cet alinéa.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le jugement de la Cour supérieure avec dépens.

Pourvoi rejeté, le juge ESTEY étant dissident.

Procureurs de l'appelant: St-Jean, Fortin & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Roy & Charbonneau, Montréal.

In the matter of a Reference by the Governor in Council concerning the legislative authority of the Parliament of Canada in relation to the Upper House, as set out in Order in Council P.C. 1978-3581, dated the 23rd day of November, 1978.

1979: March 20, 21; 1979: December 21.

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

REFERENCE BY THE GOVERNOR IN COUNCIL

Constitutional law — Senate — Authority of Parliament to amend constitution — British North America Act, ss. 21 to 36, 91(1).

The Governor General in Council referred to this Court the following two questions, in accordance with s. 55 of the *Supreme Court Act*:

1. Is it within the legislative authority of the Parliament of Canada to repeal sections 21 to 36 of the *British North America Act, 1867*, as amended, and to amend other sections thereof so as to delete any reference to an Upper House or the Senate? If not, in what particular or particulars and to what extent?

2. Is it within the legislative authority of the Parliament of Canada to enact legislation altering, or providing a replacement for, the Upper House of Parliament, so as to effect any or all of the following:

- (a) to change the name of the Upper House;
- (b) to change the numbers and proportions of members by whom provinces and territories are represented in that House;
- (c) to change the qualifications of members of that House;
- (d) to change the tenure of members of that House;
- (e) to change the method by which members of that House are chosen by
 - (i) conferring authority on provincial legislative assemblies to select, on the nomination of the respective Lieutenant Governors in Council, some members of the Upper House, and, if a legislative assembly has not selected such mem-

Dans l'affaire des questions soumises par le gouverneur en conseil sur la compétence législative du Parlement du Canada relativement à la Chambre haute, formulées dans le décret C.P. 1978-3581 en date du 23 novembre 1978.

1979: 20, 21 mars; 1979: 21 décembre.

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

QUESTIONS SOUMISES PAR LE GOUVERNEUR EN CONSEIL

Droit constitutionnel — Sénat — Compétence du Parlement d'amender la constitution — Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 21 à 36, 91(1).

Le gouverneur général en conseil a soumis à la Cour en vertu de l'art. 55 de la *Loi sur la Cour suprême*, les deux questions suivantes:

1. R ressort-il de la compétence législative du Parlement du Canada d'abroger les articles 21 à 36 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, tel que modifié et de modifier les autres articles de cette loi dans lesquels il est fait mention de la Chambre haute ou du Sénat, de manière à supprimer toute référence à la Chambre haute ou au Sénat? Dans la négative, à quel égard ou à quels égards et dans quelle mesure?

2. R ressort-il de la compétence législative du Parlement du Canada de promulguer des lois visant à modifier les dispositions relatives à la Chambre haute du Parlement ou à remplacer ladite Chambre? Ainsi, ressort-il de la compétence du Parlement de faire l'un quelconque ou tous les changements suivants:

- a) modifier le nom de la Chambre haute;
- b) modifier le nombre et le pourcentage des membres qui représentent les provinces ou les territoires dans cette chambre;
- c) modifier les qualités requises pour être membre de cette chambre;
- d) modifier les termes du mandat des membres de cette chambre;
- e) modifier le processus de nomination des membres de cette chambre, en
 - (i) conférant aux assemblées législatives provinciales le pouvoir de nommer, sur l'avis du lieutenant-gouverneur en conseil, certains membres de la Chambre haute, la Chambre des Communes étant autorisée à nommer lesdits membres, sur

bers within the time permitted, authority on the House of Commons to select those members on the nomination of the Governor General in Council, and

(ii) conferring authority on the House of Commons to select, on the nomination of the Governor General in Council, some members of the Upper House from each province, and, if the House of Commons has not selected such members from a province within the time permitted, authority on the legislative assembly of the province to select those members on the nomination of the Lieutenant Governor in Council,

(iii) conferring authority on the Lieutenant Governors in Council of the provinces or on some other body or bodies to select some or all of the members of the Upper House, or

(iv) providing for the direct election of all or some of the members of the Upper House by the public; or

(f) to provide that Bills approved by the House of Commons could be given assent and the force of law after the passage of a certain period of time notwithstanding that the Upper House has not approved them?

If not, in what particular or particulars and to what extent?

The answers of the Court are:

To question 1: No.

To question 2(b), (e)(iv) and (f): No.

The remainder of the questions cannot be answered categorically in the absence of a factual background.

The apparent intention of the 1949 amendment to the Act which enacted s. 91(1) was to obviate the necessity for the enactment of a statute of the British Parliament to effect amendments to the Act which theretofore had been obtained through a joint resolution of both Houses of Parliament and without provincial consent. Legislation enacted under this subsection since 1949 has dealt with matters which, according to the practice existing before 1949, would have been referred to the British Parliament by way of a joint resolution of both Houses of Parliament, and without the consent of the provinces. It did not in any substantial way affect federal-provincial relationships. The legislation contemplated in the first question is of an entirely different character. While it does not directly affect the federal-provincial relationships in the sense of changing federal and provincial legislative powers, it does envisage the elimination of one of the two Houses of Parliament, and so would alter

l'avis du gouverneur général en conseil, lorsqu'une assemblée législative provinciale n'agit pas dans les délais impartis, et

(ii) conférant à la Chambre des Communes le pouvoir de nommer dans chaque province, sur l'avis du gouverneur général en conseil, certains membres de la Chambre haute, l'assemblée législative provinciale étant autorisée à nommer lesdits membres, sur l'avis du lieutenant-gouverneur en conseil, lorsque la Chambre des Communes n'agit pas dans les délais impartis.

(iii) conférant soit aux lieutenants-gouverneurs en conseil ou soit à un ou plusieurs organismes le pouvoir de choisir une partie ou la totalité des membres de la Chambre haute; ou

(iv) prévoyant l'élection directe, par la population, d'une partie ou de la totalité des membres de la Chambre haute; ou

(f) prévoir que les projets de la loi approuvés par la Chambre des Communes soient sanctionnés et aient force de loi après l'écoulement d'un certain délai, et ce, même sans leur approbation par la Chambre haute?

Dans la négative, à quel égard ou à quels égards et dans quelle mesure?

Les réponses de la Cour sont:

A la question 1: Non.

A la question 2 par. b), e)(iv) et f): Non.

Pour le reste, en l'absence de précisions sur le contexte, une réponse catégorique est impossible.

La modification de 1949 qui a édicté le par. 91(1) de l'Acte visait manifestement à obvier à la nécessité de la promulgation d'une loi par le Parlement britannique pour apporter à l'Acte des modifications qui, jusqu'alors, avaient été obtenues par une résolution conjointe des deux Chambres du parlement sans le consentement des provinces. Les lois adoptées depuis 1949 en vertu de ce paragraphe ont porté sur des questions qui, selon la pratique antérieure, auraient été soumises au Parlement britannique par voie de résolution conjointe des deux Chambres du parlement sans le consentement des provinces. Elles n'ont aucune répercussion appréciable sur les relations fédérales-provinciales. La loi envisagée dans la première question est d'une toute autre nature. Bien qu'elle n'ait aucun effet direct sur les relations fédérales-provinciales en ce sens qu'elle ne modifie pas les pouvoirs législatifs fédéral et provinciaux, elle vise cependant l'élimination d'une des Chambres du Parlement, et

the structure of the federal Parliament to which the federal power to legislate is entrusted under s. 91 of the Act.

The Senate has a vital role as an institution forming part of the federal system: one of its primary purposes was to afford protection to the various sectional interests in Canada in relation to the enactment of federal legislation. The power to enact federal legislation was given to the Queen by and with the advice and consent of the Senate and the House of Commons. Thus, the body which had been created as a means of protecting sectional and provincial interests was made a participant in this legislative process.

Further, although s. 91(1) gave the Queen the power, with the advice and consent of the Senate and the House of Commons, to alter the "Constitution of Canada" except in certain expressly designated areas, it does not confer a power to amend the *B.N.A. Act*. The word "Canada" in s. 91(1) does not refer to Canada as a geographical unit but refers to the juristic federal unit. "Constitution of Canada" does not mean the whole of the *British North America Act*, but means the constitution of the federal government, as distinct from the provincial governments. The power of amendment conferred by s. 91(1) is thus limited and it relates to the constitution of the federal government in matters of interest only to that government; the continued existence of the Senate as a part of the federal legislative process is implied in the exceptions provided in s. 91(1).

While s. 91(1) would permit some changes to be made by Parliament in respect of the Senate as now constituted, it is not open to Parliament to make alterations which would affect the fundamental features, or essential characteristics, given to the Senate as a means of ensuring regional and provincial representation in the federal legislative process. The amendments proposed by para. (b), which imply a change in the method of regional representation, by para. (e) subpara. (iv), which would make the Senate a wholly or partly elected body, and by para. (b) which would allow Acts to be adopted without the consent of the Senate, are precisely in this category. Section 91(1) does not give Parliament the power to alter the fundamental character of the Senate by unilateral action, so the questions formulated in these three paragraphs must be answered in the negative. The other questions cannot be answered categorically in the absence of a factual background.

Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Limited, [1977] 2 S.C.R. 1054; *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654;

modifierait ainsi la structure du Parlement fédéral à qui est confié le pouvoir fédéral de légiférer en vertu de l'art. 91 de l'Acte.

Le Sénat a un rôle vital en tant qu'institution faisant partie du système fédéral: un de ses buts primordiaux était d'assurer la protection des divers intérêts régionaux au Canada quant à l'adoption de la législation fédérale. Le pouvoir d'édicter des lois fédérales a été donné à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des communes. Ainsi on a voulu que l'organisme créé pour protéger les intérêts des régions et des provinces participe à ce processus législatif.

Par ailleurs, même si le par. 91(1) a donné à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des communes, le pouvoir de modifier la «constitution du Canada» sauf en certaines matières désignées expressément, il ne donne pas le pouvoir de modifier l'*A.A.N.B.* Le mot «Canada» au par. 91(1) ne se rapporte pas au Canada au sens géographique mais bien à l'entité juridique fédérale. La «constitution du Canada» ne signifie pas l'ensemble de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, mais la constitution du gouvernement fédéral, par opposition aux gouvernements provinciaux. Le pouvoir de modification conféré par le par. 91(1) est donc limité et il se rapporte à la constitution du gouvernement fédéral dans des matières qui concernent uniquement ce gouvernement, les exceptions qui y sont prévues impliquent l'existence continue du Sénat en tant que partie du système législatif fédéral.

Bien que le par. 91(1) permette au Parlement d'apporter certains changements à la constitution actuelle du Sénat, il ne lui permet pas d'apporter des modifications qui porteraient atteinte aux caractéristiques fondamentales ou essentielles attribuées au Sénat pour assurer la représentation régionale et provinciale dans le système législatif fédéral. Sont précisément dans cette catégorie les modifications proposées par le par. b) qui implique un changement dans le mode de représentation régionale, par le par. e) al. (iv) qui ferait du Sénat un organisme entièrement ou partiellement électif et par le par. f) qui permettrait l'adoption de lois sans le consentement du Sénat. Le Parlement n'étant pas autorisé par le par. 91(1) à modifier unilatéralement le caractère fondamental du Sénat, il faut répondre par la négative aux questions formulées dans ces trois paragraphes. Quant aux autres questions, l'absence de précisions sur le contexte ne permet pas de leur donner une réponse catégorique.

Jurisprudence: *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054; *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2

In re The Regulation and Control of Aeronautics in Canada, [1932] A.C. 54; *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada and Lord Nelson Hotel Co. Ltd.*, [1951] S.C.R. 31; *In re The Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 35, aff'g (1916), 27 Man. R. 1 referred to.

REFERENCE by the Governor General in Council, pursuant to s. 55 of the *Supreme Court Act*, concerning the legislative authority of the Parliament of Canada in relation to the Upper House. The Court answered question 1 and subss. (b), (e)(iv) and (f) of question 2 in the negative. It stated that a categorical answer was impossible for the remainder.

J. J. Robinette, Q.C., François Mercier, Q.C., and T. B. Smith, Q.C., for the Attorney General of Canada.

D. W. Mundell, Q.C., and Lorraine E. Weinrib, for the Attorney General of Ontario.

Jerrold W. Kavanagh, Q.C., and Mollie Gallagher, for the Attorney General of Nova Scotia.

Alan D. Reid and Gordon F. Gregory, Q.C., for the Attorney General of New Brunswick.

Ian W. H. Bailey, for the Attorney General of Prince Edward Island.

Patrick McDonald, for the Attorney General of Saskatchewan.

William Henkel, Q.C., for the Attorney General of Alberta.

James A. Nesbitt, Q.C., for the Attorney General of Newfoundland.

THE COURT—By Order in Council P.C. 1978-3581, dated November 23, 1978, the Governor General in Council, pursuant to s. 55 of the *Supreme Court Act*, referred to this Court for hearing and consideration the following two questions:

1. Is it within the legislative authority of the Parliament of Canada to repeal sections 21 to 36 of the *British North America Act, 1867*, as amended, and to amend other sections thereof so as to delete any reference to an Upper House or the Senate? If not, in what particular or particulars and to what extent?

R.C.S. 654; *In re La réglementation et le contrôle de l'aéronautique au Canada*, [1932] A.C. 54; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. Procureur général du Canada et Lord Nelson Hotel Co. Ltd.*, [1951] R.C.S. 31; *In re The Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 35, confirmant (1916), 27 Man. R. 1.

QUESTIONS soumises par le gouverneur général en conseil, en vertu de l'art. 55 de la *Loi sur la Cour suprême*, sur la compétence législative du Parlement du Canada relativement à la Chambre haute. La Cour a répondu par la négative à la question 1 et aux par. b), e)(iv) et f) de la seconde question. Elle a déclaré, que pour le reste, une réponse catégorique est impossible.

J. J. Robinette, c.r., François Mercier, c.r., et T. B. Smith, c.r., pour le procureur général du Canada.

D. W. Mundell, c.r., et Lorraine E. Weinrib, pour le procureur général de l'Ontario.

Jerrold W. Kavanagh, c.r., et Mollie Gallagher, pour le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Alan D. Reid et Gordon F. Gregory, c.r., pour le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Ian W. H. Bailey, pour le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

Patrick McDonald, pour le procureur général de la Saskatchewan.

William Henkel, c.r., pour le procureur général de l'Alberta.

James A. Nesbitt, c.r., pour le procureur général de Terre-Neuve.

LA COUR—Par le décret C.P. 1978-3581, en date du 23 novembre 1978, le gouverneur général en conseil a soumis à cette Cour, pour audition et examen en vertu de l'art. 55 de la *Loi sur la Cour suprême*, les deux questions suivantes:

1. Ressort-il de la compétence législative du Parlement du Canada d'abroger les articles 21 à 36 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, tel que modifié et de modifier les autres articles de cette loi dans lesquels il est fait mention de la Chambre haute ou du Sénat, de manière à supprimer toute référence à la Chambre haute ou au Sénat? Dans la négative, à quel égard ou à quels égards et dans quelle mesure?

2. Is it within the legislative authority of the Parliament of Canada to enact legislation altering, or providing a replacement for, the Upper House of Parliament, so as to effect any or all of the following:

- (a) to change the name of the Upper House;
- (b) to change the numbers and proportions of members by whom provinces and territories are represented in that House;
- (c) to change the qualifications of members of that House;
- (d) to change the tenure of members of that House;
- (e) to change the method by which members of that House are chosen by
 - (i) conferring authority on provincial legislative assemblies to select, on the nomination of the respective Lieutenant Governors in Council, some members of the Upper House, and, if a legislative assembly has not selected such members within the time permitted, authority on the House of Commons to select those members on the nomination of the Governor General in Council, and
 - (ii) conferring authority on the House of Commons to select, on the nomination of the Governor General in Council, some members of the Upper House from each province, and, if the House of Commons has not selected such members from a province within the time permitted, authority on the legislative assembly of the province to select those members on the nomination of the Lieutenant Governor in Council,
 - (iii) conferring authority on the Lieutenant Governors in Council of the provinces or on some other body or bodies to select some or all of the members of the Upper House, or
 - (iv) providing for the direct election of all or some of the members of the Upper House by the public; or
- (f) to provide that Bills approved by the House of Commons could be given assent and the force of law after the passage of a certain period of time notwithstanding that the Upper House has not approved them?

If not, in what particular or particulars and to what extent?

2. Ressort-il de la compétence législative du Parlement du Canada de promulguer des lois visant à modifier les dispositions relatives à la Chambre haute du Parlement ou à remplacer ladite Chambre? Ainsi, ressort-il de la compétence du Parlement de faire l'un quelconque ou tous les changements suivants:

- a) modifier le nom de la Chambre haute;
- b) modifier le nombre et le pourcentage des membres qui représentent les provinces ou les territoires dans cette chambre;
- c) modifier les qualités requises pour être membre de cette chambre;
- d) modifier les termes du mandat des membres de cette chambre;
- e) modifier le processus de nomination des membres de cette chambre, en
 - (i) conférant aux assemblées législatives provinciales le pouvoir de nommer, sur l'avis du lieutenant-gouverneur en conseil, certains membres de la Chambre haute, la Chambre des Communes étant autorisée à nommer lesdits membres, sur l'avis du gouverneur général en conseil, lorsqu'une assemblée législative provinciale n'agit pas dans les délais impartis, et
 - (ii) conférant à la Chambre des Communes le pouvoir de nommer dans chaque province, sur l'avis du gouverneur général en conseil, certains membres de la Chambre haute, l'assemblée législative provinciale étant autorisée à nommer lesdits membres, sur l'avis du lieutenant-gouverneur en conseil, lorsque la Chambre des Communes n'agit pas dans les délais impartis,
 - (iii) conférant soit aux lieutenants-gouverneurs en conseil ou soit à un ou plusieurs organismes le pouvoir de choisir une partie ou la totalité des membres de la Chambre haute; ou
 - (iv) prévoyant l'élection directe, par la population, d'une partie ou de la totalité des membres de la Chambre haute; ou
- f) prévoir que les projets de loi approuvés par la Chambre des Communes soient sanctionnés et aient force de loi après l'écoulement d'un certain délai, et ce, même sans leur approbation par la Chambre haute?

Dans la négative, à quel égard ou à quels égards et dans quelle mesure?

Submissions in respect of these questions were made to the Court on behalf of the Attorney General of Canada and also on behalf of the Attorneys General of Ontario, Nova Scotia, New Brunswick, Prince Edward Island, Saskatchewan, Alberta and Newfoundland.

Question 1:

Sections 21 to 36 of the *British North America Act*, hereinafter referred to as "the Act", referred to in Question 1, appear in the Act under the heading "The Senate" and deal with the constitution of that body, including the number of senators; the representation in the Senate of the four divisions, *i.e.*, Ontario, Quebec, the Maritime Provinces and the Western Provinces; the qualifications for appointment to the Senate; the appointment of senators; the age limit for senators; resignation and disqualification of senators. References to the Senate by name, or as a House of Parliament, and references to senators are also to be found in ss. 17, 18, 39, 51A, 55, 56, 57, 59, 73, 74, 91, 128, 133, 146 and 147.

It is clear that Question 1 in essence, although not in terms, asks whether the Parliament of Canada has legislative authority to abolish the Senate. The Attorney General of Canada contends that the question should be answered in the affirmative. All of the Attorneys General of the provinces, represented on the hearing, contended that the question should be answered in the negative.

The Attorney General of Canada bases his submission upon the provisions of Class 1 of the subject matters enumerated in s. 91 of the Act. Section 91, which appears in Part VI of the Act, under the heading "Powers of the Parliament", defines the legislative authority of the Parliament of Canada. The opening words of this section are as follows:

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this

Le procureur général du Canada et les procureurs généraux de l'Ontario, de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, de l'Île-du-Prince-Édouard, de la Saskatchewan, de l'Alberta et de Terre-Neuve ont présenté à la Cour des exposés sur ces questions.

1^{ère} question:

Les articles 21 à 36 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, ci-après désigné «l'Acte», mentionnés dans la première question, figurent dans l'Acte sous le titre «Le Sénat» et portent sur la constitution de cet organisme, y compris le nombre de sénateurs; la représentation au Sénat des quatre divisions, c'est-à-dire, l'Ontario, le Québec, les provinces maritimes et les provinces de l'Ouest; les qualités exigées pour être nommé au Sénat; la nomination, la limite d'âge, la démission et la déchéance des sénateurs. Il est également question du Sénat que l'on désigne par son nom ou comme Chambre du Parlement et des sénateurs aux art. 17, 18, 39, 51A, 55, 56, 57, 59, 73, 74, 91, 128, 133, 146 et 147.

Il est évident que la première question, en substance sinon par ses termes, demande si le Parlement du Canada a la compétence législative pour abolir le Sénat. Le procureur général du Canada prétend qu'il faut répondre par l'affirmative à cette question. Tous les procureurs généraux des provinces représentés à l'audition, prétendent qu'il faut répondre par la négative.

Le procureur général du Canada fonde sa prétention sur les dispositions de la catégorie 1 des sujets énumérés à l'art. 91 de l'Acte. Cet article que l'on trouve dans la Partie VI de l'Acte, sous le titre «Pouvoirs du parlement», définit la compétence législative du Parlement du Canada. En voici le premier alinéa:

91. Il sera loisible à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par le présent acte exclusivement assignés aux législatures des provinces; mais, pour plus de garantie, sans toutefois restreindre la généralité des termes ci-haut employés dans le présent article, il est par le présent déclaré que (nonob-

Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated;

Class 1 of s. 91 was added to it by an amendment to the Act enacted by the British Parliament on December 16, 1949. Section 1 of the amending statute provided as follows:

1. Section 91 of the *British North America Act, 1867* is hereby amended by renumbering Class 1 thereof as Class 1A and by inserting therein immediately before that Class the following as Class 1:—

“1. The amendment from time to time of the Constitution of Canada, except as regards matters coming within the classes of subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the provinces, or as regards rights or privileges by this or any other Constitutional Act granted or secured to the Legislature or the Government of a province, or to any class of persons with respect to schools or as regards the use of the English or the French language or as regards the requirements that there shall be a session of the Parliament of Canada at least once each year, and that no House of Commons shall continue for more than five years from the day of the return of the Writs for choosing the House: provided, however, that a House of Commons may in time of real or apprehended war, invasion or insurrection be continued by the Parliament of Canada if such continuation is not opposed by the votes of more than one-third of the members of such House.”

Prior to 1949, in most respects, the Act did not provide for its amendment by any legislative authority in Canada. Accordingly, as it was a statute enacted by the British Parliament, any changes in its content had to be made by way of an amending Act enacted by that Parliament. Many amendments have been made in that way. A brief account of them and of other statutes of a constitutional character is found in a White Paper published in 1965 under the authority of the Honourable Guy Favreau, then Minister of Justice for Canada, under the title of “The Amendment of the Constitution of Canada”:

(1) *The Rupert's Land Act, 1868* authorized the acceptance by Canada of the rights of the Hud-

stant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte) l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés;

La catégorie 1 a été ajoutée par une modification de l'Acte édictée par le Parlement britannique le 16 décembre 1949. Voici le texte de l'art. 1 de la loi modificatrice:

1. L'article quatre-vingt-onze de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, est modifié par la désignation de la catégorie 1 comme catégorie 1A et par l'insertion, immédiatement avant cette catégorie, de la catégorie 1 suivante:

«1. La modification, de temps à autre, de la constitution du Canada, sauf en ce qui concerne les matières rentrant dans les catégories de sujets que la présente loi attribue exclusivement aux législatures des provinces, ou en ce qui concerne les droits ou privilèges accordés ou garantis, par la présente loi ou par toute autre loi constitutionnelle, à la législature ou au gouvernement d'une province, ou à quelque catégorie de personnes en matière d'écoles, ou en ce qui regarde l'emploi de l'anglais ou du français, ou les prescriptions portant que le parlement du Canada tiendra au moins une session chaque année et que la durée de chaque chambre des communes sera limitée à cinq années, depuis le jour du rapport des brefs ordonnant l'élection de cette chambre; toutefois, le parlement du Canada peut prolonger la durée d'une chambre des communes en temps de guerre, d'invasion ou d'insurrection, réelles ou appréhendées, si cette prolongation n'est pas l'objet d'une opposition exprimée par les votes de plus du tiers des membres de ladite chambre.»

Avant 1949, sous presque tous les rapports, l'Acte ne prévoyait pas sa modification par une autorité législative du Canada. Par conséquent, puisqu'il s'agissait d'une loi édictée par le Parlement britannique, tout changement devait être apporté par une loi modificatrice édictée par ce parlement. Plusieurs modifications ont été apportées de cette façon. On trouve dans le Livre blanc publié en 1965 sous l'autorité de l'honorable Guy Favreau, alors ministre de la Justice du Canada, sous le titre «Modifications de la Constitution du Canada» un bref historique de ces modifications et d'autres lois de nature constitutionnelle:

(1) *L'Acte de la Terre de Rupert de 1868* autorisa le Canada à acquérir les droits de la Compagnie de

son's Bay Company over Rupert's Land and the North-Western Territory. It also provided that, on Address from the Houses of Parliament of Canada, the Crown could declare this territory part of Canada and the Parliament of Canada could make laws for its peace, order and good government.

- (2) *The British North America Act of 1871* ratified the Manitoba Act passed by the Parliament of Canada in 1870, creating the province of Manitoba and giving it a provincial constitution similar to those of the other provinces. The British North America Act of 1871 also empowered the Parliament of Canada to establish new provinces out of any Canadian territory not then included in a province; to alter the boundaries of any province (with the consent of its legislature), and to provide for the administration, peace and good government of any territory not included in a province.
 - (3) *The Parliament of Canada Act of 1875* amended section 18 of the British North America Act, 1867, which set forth the privileges, immunities and powers of each of the House of Parliament.
 - (4) *The British North America Act of 1886* authorized the Parliament of Canada to provide for the representation in the Senate and the House of Commons of any territories not included in any province.
 - (5) *The Statute Law Revision Act, 1893* repealed some obsolete provisions of the British North America Act of 1867.
 - (6) *The Canadian Speaker (Appointment of Deputy) Act, 1895* confirmed an Act of the Parliament of Canada which provided for the appointment of a Deputy-Speaker for the Senate.
 - (7) *The British North America Act, 1907* established a new scale of financial subsidies to the provinces in lieu of those set forth in section 118 of the British North America Act of 1867. While not expressly repealing the original section, it made its provisions obsolete.
 - (8) *The British North America Act, 1915* re-defined the Senatorial Divisions of Canada to take into account the provinces of Manitoba, British Columbia, Saskatchewan and Alberta. Although this statute did not expressly amend the text of the original section 22, it did alter its effect.
- (2) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1871* ratifia l'Acte du Manitoba adopté par le Parlement du Canada en 1870, qui créait la province du Manitoba et lui donnait une constitution semblable à celles des autres provinces. De plus, l'Acte conférait au Parlement du Canada le pouvoir d'ériger de nouvelles provinces dans n'importe quel territoire canadien non compris alors dans une province, de modifier les limites de toute province (avec l'accord de sa Législature) et de pourvoir à l'administration, la paix, l'ordre et le bon gouvernement de tout territoire non compris dans une province.
 - (3) *L'Acte du Parlement du Canada de 1875* modifia l'article 18 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867, qui énonce les privilèges, immunités et pouvoirs de chacune des chambres du Parlement.
 - (4) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1886* autorisa le Parlement du Canada à pourvoir à la représentation au Sénat et à la Chambre des Communes de tout territoire non compris dans une province.
 - (5) *La Loi de 1893 sur la révision du droit statutaire* abrogea certaines dispositions périmées de l'Acte de 1867.
 - (6) *L'Acte concernant l'Orateur canadien (nomination d'un suppléant) de 1895* confirma une loi du Parlement du Canada qui permet la nomination d'un orateur suppléant au Sénat.
 - (7) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1907* établit une nouvelle échelle de subventions financières aux provinces en remplacement de celles qui sont prévues à l'article 118 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867. Tout en n'abrogeant pas expressément l'article primitif, il en rendit les dispositions inopérantes.
 - (8) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1915* redéfinit les divisions sénatoriales du Canada pour tenir compte de l'existence des provinces du Manitoba, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan et de l'Alberta. Bien qu'il n'ait pas modifié expressément le texte de l'article 22 primitif, il en a sûrement changé la portée.

- (9) *The British North America Act, 1916* provided for the extension of the life of the current Parliament of Canada beyond the normal period of five years.
- (10) *The Statute Law Revision Act, 1927* repealed additional spent or obsolete provisions in the United Kingdom statutes, including two provisions of the British North America Acts.
- (11) *The British North America Act, 1930* confirmed the natural resources agreements between the Government of Canada and the Governments of Manitoba, British Columbia, Alberta and Saskatchewan, giving the agreements the force of law notwithstanding anything in the British North America Acts.
- (12) *The Statute of Westminster, 1931* while not directly amending the British North America Acts, did alter some of their provisions. Thus, the Parliament of Canada was given the power to make laws having extraterritorial effect. Also, Parliament and the provincial legislatures were given the authority, within their powers under the British North America Acts, to repeal any United Kingdom statute that formed part of the law of Canada. This authority, however, expressly excluded the British North America Act itself.
- (13) *The British North America Act, 1940* gave the Parliament of Canada the exclusive jurisdiction to make laws in relation to Unemployment Insurance.
- (14) *The British North America Act, 1943* provided for the postponement of redistribution of the seats in the House of Commons until the first session of Parliament after the cessation of hostilities.
- (15) *The British North America Act, 1946* replaced section 51 of the British North America Act, 1867, and altered the provisions for the readjustment of representation in the House of Commons.
- (16) *The British North America Act, 1949* confirmed the Terms of Union between Canada and Newfoundland.
- (17) *The British North America Act (No. 2), 1949* gave the Parliament of Canada authority to amend the Constitution of Canada with certain exceptions.
- (9) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1916* prolongea la durée du Parlement du Canada alors en fonctions au-delà de la période normale de cinq ans.
- (10) *La Loi de 1927 sur la révision du droit statutaire* une fois encore abrogea des dispositions périmées ou désuètes des statuts du Royaume-Uni, y compris deux dispositions des Actes de l'Amérique du Nord britannique.
- (11) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1930* confirma les accords relatifs aux ressources naturelles intervenus entre le gouvernement du Canada et ceux du Manitoba, de la Colombie-Britannique, de l'Alberta et de la Saskatchewan et leur donna force de loi, nonobstant toute disposition contraire des Actes de l'Amérique du Nord britannique.
- (12) *Le Statut de Westminster de 1931*, tout en ne modifiant pas directement les Actes de l'Amérique du Nord britannique, changea certaines de leurs dispositions. C'est ainsi, par exemple, que le Parlement du Canada fut autorisé à faire des lois ayant une portée extra-territoriale. En outre, le Parlement et les législatures des provinces furent habilités, dans la limite des pouvoirs respectifs que leur confèrent les Actes de l'Amérique du Nord britannique, à abroger tout statut du Royaume-Uni faisant alors partie des lois du Canada à l'exception expresse, cependant, de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique lui-même.
- (13) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1940* accorda au Parlement du Canada la compétence exclusive de légiférer en matière d'assurance-chômage.
- (14) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1943* ajourna le rajustement de la représentation à la Chambre des Communes jusqu'à la première session du Parlement qui suivrait la fin des hostilités.
- (15) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1946* remplaça l'article 51 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 et changea les dispositions relatives au rajustement de la représentation à la Chambre des Communes.
- (16) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1949* sanctionna les Conditions d'union entre le Canada et Terre-Neuve.
- (17) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique (n° 2) de 1949* habilita le Parlement du Canada à modifier la Constitution du Canada, à l'exception de certaines catégories de sujets.

- (18) *The Statute Law Revision Act, 1950* repealed an obsolete section of the British North America Act, 1867.
- (19) *The British North America Act, 1951* gave the Parliament of Canada concurrent jurisdiction with the provinces to make laws in relation to Old Age Pensions.
- (20) *The British North America Act, 1960* amended section 99 and altered the tenure of office of superior court judges.
- (21) *The British North America Act, 1964* amended the authority conferred upon the Parliament of Canada by the British North America Act, 1951, in relation to benefits supplementary to Old Age Pensions.
- (22) *Amendment by Order in Council*
 Section 146 of the British North America Act, 1867 provided for the admission of other British North American territories by Order in Council and stipulated that the provisions of any such Order in Council would have the same effect as if enacted by the Parliament of the United Kingdom. Under this section, Rupert's Land and the North-Western Territory were admitted by Order in Council on June 23rd, 1870; British Columbia by Order in Council on May 16th, 1871; Prince Edward Island by Order in Council on June 26th, 1873. Because all of these Orders in Council contained provisions of a constitutional character—adapting the provisions of the British North America Act to the new provinces, but with some modifications in each case—they may therefore be regarded as constitutional amendments.
- (18) *La Loi de 1950 sur la révision du droit statutaire* abrogea un article désuet de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867.
- (19) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1951* autorisa le Parlement du Canada à légiférer concurremment avec les provinces sur les pensions de vieillesse.
- (20) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1960* modifia l'article 99 et changea la durée des fonctions des juges des cours supérieures.
- (21) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1964* modifia les pouvoirs conférés au Parlement du Canada par l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1951 au sujet des pensions de vieillesse et des prestations additionnelles.
- (22) *Modifications par arrêté en conseil*
 L'article 146 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique prévoyait l'adjonction au Canada d'autres territoires de l'Amérique du Nord britannique par arrêté en conseil et stipulait que les dispositions de tels arrêtés auraient le même effet que si elles avaient été édictées par le Parlement du Royaume-Uni. En vertu de cet article, la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest furent admis par arrêté en conseil du 23 juin 1870; la Colombie-Britannique par arrêté en conseil du 16 mai 1871; et l'Île-du-Prince-Édouard par arrêté en conseil du 26 juin 1873. Comme tous ces arrêtés renferment des dispositions d'un caractère constitutionnel, ayant pour objet d'adapter les clauses de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique aux nouvelles provinces,—avec les variations nécessaires dans chaque cas,—ils doivent être considérés comme des modifications d'ordre constitutionnel.

The practice, since 1875, has been to seek amendment of the Act by a joint address of both Houses of Parliament. Consultation with one or more of the provinces has occurred in some instances. The amendment in 1907 was based on resolutions passed at provincial conferences, although opposed by British Columbia. The 1930 amendment respecting the transfer of resources to the four western provinces resulted from agreements with those provinces. The 1949 amendment respecting Newfoundland becoming a province was made after there had been an agreement with that province. The amendments of 1940, 1951, 1960 and 1964, respecting unemployment insurance, old age pensions, the compulsory retirement of judges and adding supplementary benefits to old

Depuis 1875, la pratique a été de demander la modification par une adresse conjointe présentée par les deux Chambres du Parlement. Dans certains cas, il y a eu consultation d'une ou plusieurs provinces. La modification de 1907 a été fondée sur des résolutions adoptées au cours de conférences provinciales malgré l'opposition de la Colombie-Britannique. La modification de 1930 relative au transfert de ressources aux quatre provinces de l'Ouest découlait de conventions avec ces provinces. La modification de 1949 en vertu de laquelle Terre-Neuve est devenue une province a été apportée par suite d'un accord avec cette province. Les modifications de 1940, 1951, 1960 et 1964, concernant l'assurance-chômage, les pensions de vieillesse, la retraite obligatoire des juges et des presta-

age pensions all had the unanimous consent of the provinces.

The White Paper, after reviewing the procedures followed in respect of amendments to the Act, went on to state four general principles, as follows:

The first general principle that emerges in the foregoing resumé is that although an enactment by the United Kingdom is necessary to amend the British North America Act, such action is taken only upon formal request from Canada. No Act of the United Kingdom Parliament affecting Canada is therefore passed unless it is requested and consented to by Canada. Conversely, every amendment requested by Canada in the past has been enacted.

The second general principle is that the sanction of Parliament is required for a request to the British Parliament for an amendment to the British North America Act. This principle was established early in the history of Canada's constitutional amendments, and has not been violated since 1895. The procedure invariably is to seek amendments by a joint Address of the Canadian House of Commons and Senate to the Crown.

The third general principle is that no amendment to Canada's Constitution will be made by the British Parliament merely upon the request of a Canadian province. A number of attempts to secure such amendments have been made, but none has been successful. The first such attempt was made as early as 1868, by a province which was at that time dissatisfied with the terms of Confederation. This was followed by other attempts in 1869, 1874 and 1887. The British Government refused in all cases to act on provincial government representations on the grounds that it should not intervene in the affairs of Canada except at the request of the federal government representing all of Canada.

The fourth general principle is that the Canadian Parliament will not request an amendment directly affecting federal-provincial relationships without prior consultation and agreement with the provinces. This principle did not emerge as early as others but since 1907, and particularly since 1930, has gained increasing recognition and acceptance. The nature and the degree of provincial participation in the amending process, however, have not lent themselves to easy definition.

The apparent intention of the 1949 amendment to the Act which enacted s. 91(1) was to obviate the necessity for the enactment of a statute of the British Parliament to effect amendments to the

tions supplémentaires aux pensions de vieillesse, ont toutes été faites du consentement unanime des provinces.

Après avoir passé en revue la procédure suivie pour les modifications de l'Acte, le Livre blanc a énoncé les quatre principes généraux suivants:

Premièrement, bien qu'une loi du Royaume-Uni soit nécessaire pour modifier l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, une telle loi n'est promulguée que sur la demande officielle du Canada. Le Parlement du Royaume-Uni n'adopte aucune loi touchant le Canada à moins qu'elle ne soit demandée et acceptée par le Canada; inversement, toute modification que le Canada a demandée dans le passé a été adoptée.

Deuxièmement, le Parlement du Canada doit autoriser toute demande au Parlement britannique de modifier l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Ce principe a été établi dès le début et l'on ne s'en est pas écarté depuis 1895. Une demande de modification prend invariablement la forme d'une adresse conjointe de la Chambre des Communes et du Sénat du Canada à Sa Majesté.

Troisièmement, le Parlement britannique ne peut procéder à une modification de la Constitution du Canada à la seule demande d'une province canadienne. Certaines tentatives ont été faites par des provinces dans ce sens, mais sans succès. La première, qui remonte à 1868, émanait d'une province qui n'était pas satisfaite à l'époque des conditions de la Confédération. D'autres ont suivi en 1869, 1874 et 1887. Le gouvernement britannique a chaque fois refusé de donner suite aux instances des gouvernements provinciaux, soutenant qu'il ne devait pas intervenir dans les affaires du Canada, sauf s'il en était requis par le gouvernement fédéral agissant au nom de tout le Canada.

Quatrièmement, le Parlement du Canada ne procède pas à une modification de la Constitution intéressant directement les rapports fédératifs sans avoir au préalable consulté les provinces et obtenu leur assentiment. Ce principe ne s'est pas concrétisé aussi tôt que les autres, mais, à partir de 1907 et en particulier depuis 1930, il a été de plus en plus affirmé et accepté. Il n'a pas été facile, cependant, de préciser la nature et l'étendue de la participation provinciale à la procédure de modification.

La modification de 1949 qui a édicté le par. 91(1) de l'Acte visait manifestement à obvier à la nécessité de la promulgation d'une loi par le Parlement britannique pour apporter à l'Acte des modi-

Act which theretofore had been obtained through a joint resolution of both Houses of Parliament and without provincial consent. Legislation enacted since 1949 pursuant to s. 91(1) has not, to quote the White Paper, "affected federal-provincial relationships". The following statutes have been enacted by the Parliament of Canada:

- (1) *The British North America Act, 1952*, effected a readjustment of representation in the House of Commons. The principle of representation by population was not affected by this legislation.
- (2) *The British North America Act, 1965*, provided for the compulsory retirement of senators, henceforth appointed, at age seventy-five.
- (3) *The British North America Act (No. 2), 1974*, repealed the provisions of the Act of 1952 and substituted a new readjustment of representation in the House of Commons. The principle of representation by population was maintained.
- (4) *The British North America Act, 1975*, increased the representation of the Northwest Territories in the House of Commons from one to two members.
- (5) *The British North America Act (No. 2), 1975*, increased the total number of senators from 102 to 104, and provided for representation in the Senate for the Yukon Territory and the Northwest Territories by one member each.

All of these measures dealt with what might be described as federal "housekeeping" matters which, according to the practice existing before 1949, would have been referred to the British Parliament by way of a joint resolution of both Houses of Parliament, and without the consent of the provinces. The last two of these statutes were within the power of the Parliament of Canada to enact by virtue of s. 1 of the *British North America Act, 1886*. Like the others they did not in any substantial way affect federal-provincial relationships.

The legislation contemplated in the first question is of an entirely different character. While it does not directly affect federal-provincial relationships in the sense of changing federal and provincial legislative powers, it does envision the elimina-

tions qui, jusqu'alors, avaient été obtenues par une résolution conjointe des deux Chambres du Parlement sans le consentement des provinces. Les lois adoptées depuis 1949 en vertu du par. 91(1), n'ont pas, pour citer le Livre blanc, «porté atteinte aux relations fédérales-provinciales». Les lois suivantes ont été adoptées par le Parlement du Canada:

- (1) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1952*, a effectué un rajustement de la représentation à la Chambre des Communes. Cette loi n'a pas modifié le principe de la représentation d'après la population.
- (2) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1965*, a institué, pour l'avenir, la retraite obligatoire des sénateurs à l'âge de soixante-quinze ans.
- (3) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique (n° 2), 1974*, a abrogé les dispositions de l'Acte de 1952 et y a substitué un nouveau rajustement de la représentation à la Chambre des Communes. Le principe de la représentation d'après la population a été maintenu.
- (4) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1975*, a porté de un à deux le nombre de députés des territoires du Nord-Ouest à la Chambre des Communes.
- (5) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique (n° 2), 1975*, a porté de 102 à 104 le nombre total de sénateurs et prévu la représentation du territoire du Yukon et des territoires du Nord-Ouest au Sénat.

Toutes ces mesures portaient sur ce que l'on pourrait appeler des questions fédérales «internes» qui, selon la pratique antérieure à 1949, auraient été soumises au Parlement britannique par voie de résolution conjointe des deux Chambres du Parlement sans le consentement des provinces. Les deux dernières ressortissaient du pouvoir législatif du Parlement du Canada en vertu de l'art. 1 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1886*. Comme les autres elles n'ont aucune répercussion appréciable sur les relations fédérales-provinciales.

La loi envisagée dans la première question est d'une toute autre nature. Bien qu'elle n'ait aucun effet direct sur les relations fédérales-provinciales en ce sens qu'elle ne modifie pas les pouvoirs législatifs fédéral et provinciaux, elle vise cepen-

tion of one of the two Houses of Parliament, and so would alter the structure of the federal Parliament to which the federal power to legislate is entrusted under s. 91 of the Act.

The Senate has a vital role as an institution forming part of the federal system created by the Act. The recitals in the Act have some significance:

Whereas the Provinces of Canada, Nova Scotia and New Brunswick have expressed their Desire to be federally united into One Dominion under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, with a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom:

And whereas such a Union would conduce to the Welfare of the Provinces and promote the Interests of the British Empire:

And whereas on the Establishment of the Union by Authority of Parliament it is expedient, not only that the Constitution of the Legislative Authority in the Dominion be provided for, but also that the Nature of the Executive Government therein be declared:

Under the Constitution of the United Kingdom, to which reference is made in the first recital, legislative power was and is exercised by the Queen, by and with the advice and consent of the House of Lords and the House of Commons. The Upper House was not and is not an elected body, the Lower House was and is.

It is, we think, proper to consider the historical background which led to the provision which was made in the Act for the creation of the Senate as a part of the apparatus for the enactment of federal legislation. In the debates which occurred at the Quebec Conference in 1864, considerable time was occupied in discussing the provisions respecting the Senate. Its important purpose is stated in the following passages in speeches delivered in the debates on Confederation in the parliament of the province of Canada:

Sir John A. Macdonald:

In order to protect local interests and to prevent sectional jealousies, it was found requisite that the three great divisions into which British North America is separated, should be represented in the Upper House on the princi-

palité de l'élimination d'une des Chambres du Parlement, et modifierait ainsi la structure du Parlement fédéral à qui est confié le pouvoir fédéral de légiférer en vertu de l'art. 91 de l'Acte.

Le Sénat a un rôle vital en tant qu'institution faisant partie du système fédéral créé par l'Acte. Les considérants de l'Acte ont une certaine importance:

Considérant que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale pour ne former qu'une seule et même Puissance (*Dominion*) sous la couronne du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni:

Considérant de plus qu'une telle union aurait l'effet de développer la prospérité des provinces et de favoriser les intérêts de l'Empire Britannique:

Considérant de plus qu'il est opportun, concurremment avec l'établissement de l'union par autorité du parlement, non seulement de décréter la constitution du pouvoir législatif de la Puissance, mais aussi de définir la nature de son gouvernement exécutif:

En vertu de la constitution du Royaume-Uni, dont il est fait mention dans le premier considérant, le pouvoir législatif était, et il l'est encore, exercé par la Reine, de l'avis et du consentement de la Chambre des lords et de la Chambre des Communes. La Chambre haute n'était pas, alors comme aujourd'hui, un organisme électif, la Chambre basse l'était et le demeure.

Il convient, croyons-nous, d'examiner la situation historique qui a suscité les dispositions de l'Acte pour l'institution du Sénat comme partie du système législatif fédéral. Pendant les débats de la Conférence de Québec en 1864, beaucoup de temps a été consacré à la discussion des dispositions relatives au Sénat. Son but important est énoncé dans les passages suivants de discours prononcés au cours des débats sur la Confédération dans le parlement de la province du Canada:

Sir John A. Macdonald:

Afin de protéger les intérêts locaux de chaque province, nous avons jugé nécessaire de donner aux trois grandes divisions de l'Amérique Britannique du Nord une représentation égale dans la chambre haute, car chacune de

This power was made subject to certain specific exceptions, as follows:

... except as regards matters coming within the classes of subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the provinces, or as regards rights or privileges by this or any other Constitutional Act granted or secured to the Legislature or the Government of a province, or to any class of persons with respect to schools or as regards the use of the English or the French language or as regards the requirements that there shall be a session of the Parliament of Canada at least one each year, and that no House of Commons shall continue for more than five years from the day of the return of the Writs for choosing the House: provided, however, that a House of Commons may in time of real or apprehended war, invasion or insurrection be continued by the Parliament of Canada if such continuation is not opposed by the votes of more than one-third of the members of such House.

The phrase "Constitution of Canada" does not appear elsewhere in the Act. The word "constitution" appears in various places and in different contexts. The preamble to the Act refers to "a Constitution similar in principle to that of the United Kingdom" and, later, to "the constitution of Legislative Authority in the Dominion". Section 22 refers to "the Constitution of the Senate" as being deemed to consist of four divisions. Part V of the Act is entitled "Provincial Constitutions" and the sections in that Part, 58 to 90, deal with the exercise of executive power and legislative power in the provinces. Section 92(1) refers to the amendment of "the Constitution of the Province". Section 147 refers to "Three Divisions into which Canada is, in relation to the Constitution of the Senate, divided by this Act".

The Attorney General of Canada submitted that the power conferred upon Parliament by s. 91(1) is limited only by the specific exceptions contained in it. He contended that the very specificity of these exceptions pointed to the wide powers being conferred. If this approach were adopted, it would mean that the Federal Parliament, acting unilaterally, could amend any part of the Act, subject only to the exceptions specified in s. 91(1). But s. 91(1) does not give power to amend the Act. Instead, the phrase "Constitution of Canada" is used. In our opinion, the word "Canada" as used in s. 91(1)

du Canada». Ce pouvoir est assujéti aux exceptions expresses suivantes:

... sauf en ce qui concerne les matières rentrant dans les catégories de sujets que la présente loi attribue exclusivement aux législatures des provinces, ou en ce qui concerne les droits ou privilèges accordés ou garantis, par la présente loi ou par toute autre loi constitutionnelle, à la législature ou au gouvernement d'une province, ou à quelque catégorie de personnes en matière d'écoles, ou en ce qui regarde l'emploi de l'anglais ou du français, ou les prescriptions portant que le parlement du Canada tiendra au moins un session chaque année et que la durée de chaque chambre des communes sera limitée à cinq années, depuis le jour du rapport des brefs ordonnant l'élection de cette chambre; toutefois, le parlement du Canada peut prolonger la durée d'une chambre des communes en temps de guerre, d'invasion ou d'insurrection, réelles ou appréhendées, si cette prolongation n'est pas l'objet d'une opposition exprimée par les votes de plus du tiers des membres de ladite chambre.

L'expression «constitution du Canada» ne se trouve pas ailleurs dans l'Acte. On y trouve le mot «constitution» à divers endroits et dans différents contextes. Le préambule fait mention d'une «constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni». L'article 22 traite de «la composition du Sénat» (en anglais «*Constitution of the Senate*» qui est censé comprendre quatre divisions. La Partie V de l'Acte porte le titre: «Constitutions provinciales» et les art. 58 à 90 de cette Partie traitent de l'exercice du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif dans les provinces. Le paragraphe 92(1) prévoit la modification de «la constitution de la province». L'article 147 se rapporte aux «trois divisions en lesquelles le Canada est, relativement à la composition du Sénat, partagé par le présent acte».

Le procureur général du Canada prétend que le pouvoir conféré au Parlement par le par. 91(1) est limité uniquement par les exceptions expresses y contenues. Il soutient que la spécificité même de ces exceptions indique l'ampleur du pouvoir ainsi conféré. Si cette façon de voir était adoptée, cela signifierait que le Parlement fédéral, agissant unilatéralement, pourrait modifier n'importe quelle partie de l'Acte, sous réserve seulement des exceptions énoncées au par. 91(1). Mais, le par. 91(1) ne donne pas le pouvoir de modifier l'Acte. Il emploie plutôt l'expression «constitution du

does not refer to Canada as a geographical unit but refers to the juristic federal unit. "Constitution of Canada" does not mean the whole of the *British North America Act*, but means the constitution of the federal government, as distinct from the provincial governments. The power of amendment conferred by s. 91(1) is limited to matters of interest only to the federal government.

The word "Canada" is used with reference to the juristic federal unit in several sections of the Act, of which the following are examples:

Section 111 provided that "Canada shall be liable for the Debts and Liabilities of each Province existing at the Union".

Section 125 provides that "No Lands or Property belonging to Canada or any Province shall be liable to taxation".

Section 101 refers to "the Laws of Canada", the meaning of which phrase has recently been interpreted by this Court. The section reads as follows:

101. The Parliament of Canada may, notwithstanding anything in this Act, from Time to Time provide for the Constitution, Maintenance, and Organization of a General Court of Appeal for Canada, and for the Establishment of any additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada.

In *Quebec North Shore Paper Company v. Canadian Pacific Limited*¹, there was in issue the scope of the jurisdiction of the Federal Court, which is a Court created by federal legislation pursuant to s. 101, "for the better Administration of the Laws of Canada". The expression "Laws of Canada" was construed as meaning only applicable existing federal law and was determined not to include matters respecting which the Federal Parliament could have enacted legislation.

In *McNamara Construction (Western) Limited v. The Queen*², this Court denied the right of the

Canada». A notre avis, le mot «Canada» au par. 91(1) ne se rapporte pas au Canada au sens géographique mais bien à l'entité juridique fédérale. La «constitution du Canada» ne signifie pas l'ensemble de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, mais la constitution du gouvernement fédéral, par opposition aux gouvernements provinciaux. Le pouvoir de modification conféré par le par. 91(1) est limité à ce qui concerne uniquement le gouvernement fédéral.

Le mot «Canada» est employé pour désigner l'entité juridique fédérale dans plusieurs articles de l'Acte, dont les suivants:

L'article 111 prévoit que «le Canada sera responsable des dettes et obligations de chaque province existantes lors de l'union».

L'article 125 prévoit que «nulle terre ou propriété appartenant au Canada ou à aucune province en particulier ne sera sujette à la taxation».

L'article 101 mentionne les «lois du Canada», expression que cette Cour a récemment interprétée. En voici le texte:

101. Le parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada.

Dans *Quebec North Shore Paper Company c. Canadien Pacifique Limitée*¹, le litige portait sur l'étendue de la compétence de la Cour fédérale, qui a été établie par loi fédérale en vertu de l'art. 101 «pour la meilleure administration des lois du Canada». On y a statué que l'expression «lois du Canada» signifie seulement les lois fédérales existantes et ne comprend pas les matières au sujet desquelles le Parlement fédéral aurait pu édicter des lois.

Dans *McNamara Construction (Western) Limited c. La Reine*², cette Cour a statué que la Cour

¹ [1977] 2 S.C.R. 1054.

² [1977] 2 S.C.R. 654.

¹ [1977] 2 R.C.S. 1054.

² [1977] 2 R.C.S. 654.

ple of equality. There are three great sections, having different interests, in this proposed Confederation To the Upper House is to be confided the protection of sectional interests: therefore is it that the three great divisions are there equally represented for the purpose of defending such interests against the combinations of majorities in the Assembly.

Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces, Quebec, 1865, pages 35 and 38.

The Honourable George Brown:

But the very essence of our compact is that the union shall be federal and not legislative. Our Lower Canada friends have agreed to give us representation by population in the Lower House, on the express condition that they shall have equality in the Upper House. On no other condition could we have advanced a step; and, for my part, I am quite willing they should have it. In maintaining the existing sectional boundaries and handing over the control of local matters to local bodies, we recognize, to a certain extent, a diversity of interests; and it is quite natural that the protection for those interests, by equality in the Upper Chamber, should be demanded by the less numerous provinces.

Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces, Quebec, 1865, p. 88.

A primary purpose of the creation of the Senate, as a part of the federal legislative process, was, therefore, to afford protection to the various sectional interests in Canada in relation to the enactment of federal legislation. The Act, as originally enacted, provided, in s. 22, that in relation to the constitution of the Senate, Canada should be deemed to consist of Three Divisions, to be equally represented, *i.e.* Ontario, Quebec and the Maritime Provinces (Nova Scotia and New Brunswick). This provision was later amended and s. 22 now provides for Four Divisions, the Western Provinces of Manitoba, British Columbia, Saskatchewan and Alberta being added as a Fourth Division. The Act now makes provision for representation of Prince Edward Island (as one of the Maritime Provinces), Newfoundland, the Yukon Territory and the Northwest Territories. Subsection 23(5) of the Act requires that a senator shall be resident in the province for which he is appointed.

ces divisions aura des intérêts différents. . . . A la chambre haute sera confié le soin de protéger les intérêts de section; il en résulte que les trois grandes divisions seront également représentées pour défendre leurs propres intérêts contre toutes combinaisons de majorités dans l'Assemblée.

Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique Britannique du Nord, Québec, 1865, aux pp. 35 et 38.

L'honorable George Brown:

Or, l'essence de notre convention est que l'union sera fédérale et nullement législative. Nos amis du Bas-Canada ne nous ont concédé la représentation d'après la population qu'à la condition expresse qu'ils auraient l'égalité dans le conseil législatif. Ce sont là les seuls termes possibles d'arrangement et, pour ma part, je les ai acceptés de bonne volonté. Du moment que l'on conserve les limites actuelles des provinces et que l'on donne à des corps locaux d'administration des affaires locales, on reconnaît jusqu'à un certain point une diversité d'intérêts et la raison pour les provinces moins peuplées de demander la protection de leurs intérêts par l'égalité de représentation dans la chambre haute.

Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique Britannique du Nord, Québec, 1865, à la p. 87.

Un but primordial de l'institution du Sénat, en tant que partie du système législatif fédéral, était donc d'assurer la protection des divers intérêts régionaux au Canada quant à l'adoption de la législation fédérale. Dans sa forme initiale, l'Acte prévoyait à l'art. 22 qu'en ce qui concerne la composition du Sénat, le Canada serait censé comprendre trois divisions également représentées, *c.-à-d.* l'Ontario, le Québec et les provinces maritimes (la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick). Cette disposition a été modifiée par la suite et l'art. 22 prévoit maintenant quatre divisions, la quatrième division comprenant les provinces de l'Ouest: le Manitoba, la Colombie-Britannique, la Saskatchewan et l'Alberta. L'Acte prévoit maintenant la représentation de l'Île-du-Prince-Édouard (comme l'une des provinces maritimes), de Terre-Neuve, du territoire du Yukon et des territoires du Nord-Ouest. Le paragraphe 5 de l'art. 23 exige qu'un sénateur réside dans la province pour laquelle il est nommé.

The place of the Senate in the exercise of federal legislative powers is determined by ss. 17 and 91 of the Act. The former section provides that:

17. There shall be One Parliament for Canada, consisting of the Queen, an Upper House styled the Senate, and the House of Commons.

The opening words of s. 91, the all important section defining federal legislative powers, have already been quoted. Power to "make laws for the Peace, Order and Good Government of Canada in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects of this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces" was conferred by the British Parliament upon "the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and the House of Commons".

The creation of a federal system in Canada involved the necessity of effecting a division of legislative powers. This division is made by the provisions of ss. 91 and 92 of the Act. The latter section empowered each provincial legislature generally to make laws, effective within the province, in respect of matters of a local or private nature. Fifteen specific classes of subjects were enumerated. Section 91 provided generally for the making of laws for the peace, order and good government of Canada. Twenty-nine classes of subject matters were enumerated. Legislation dealing with those matters might affect local or private matters within a province.

The power to enact federal legislation was given to the Queen by and with the advice and consent of the Senate and the House of Commons. Thus, the body which had been created as a means of protecting sectional and provincial interests was made a participant in this legislative process.

The amendment to the Act made in 1949 added an additional class of subject matters to those which already existed. By that time the classes had been increased to thirty. The amendment was made on a joint resolution of both Houses of Parliament, but without the consent of the provinces. It gave power to the Queen, by and with the advice and consent of the Senate and the House of Commons to amend "the Constitution of Canada".

La place du Sénat dans l'exercice du pouvoir législatif fédéral est déterminée par les art. 17 et 91 de l'Acte. Voici le texte du premier:

17. Il y aura, pour le Canada, un parlement qui sera composé de la Reine, d'une chambre haute appelée le Sénat, et de la Chambre des Communes.

Le premier alinéa de l'art. 91, l'article d'importance primordiale qui définit le pouvoir législatif fédéral, à déjà été cité. Le pouvoir de «faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par le présent Acte exclusivement assignés aux législatures des provinces» a été conféré par le Parlement britannique à «la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes».

La création d'un système fédéral au Canada entraînait la nécessité d'effectuer un partage des pouvoirs législatifs. Ce partage est fait par les dispositions des art. 91 et 92 de l'Acte. Ce dernier article confère généralement à chaque législature provinciale le pouvoir de faire des lois exécutoires à l'intérieur de la province, dans des matières de nature locale ou privée. Quinze catégories de sujets y sont énumérées. L'article 91 prévoit en termes généraux le pouvoir de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada. Vingt-neuf catégories de sujets y sont énumérées. Les lois qui traitent de ces matières peuvent avoir un effet sur les matières d'une nature locale ou privée à l'intérieur d'une province.

Le pouvoir d'édicter des lois fédérales a été donné à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes. Ainsi, on a voulu que l'organisme créé pour protéger les intérêts des régions et des provinces participe à ce processus législatif.

La modification apportée à l'Acte en 1949 a ajouté à l'art. 91 une catégorie de sujets à celles qui étaient déjà énumérées et dont le nombre avait été porté à trente. La modification a été apportée à la suite d'une résolution conjointe des deux Chambres du Parlement, mais sans le consentement des provinces. Elle a donné à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, le pouvoir de modifier «la constitution

Federal Court to entertain a claim by the federal Crown for breach of contract, a matter of provincial law.

In our opinion, the power of amendment given by s. 91(1) relates to the constitution of the federal government in matters of interest only to that government. The statutes enacted by the Federal Parliament since 1949, to which we have previously referred, are illustrations of the exercise of that power.

The next question is whether, in that limited sense, s. 91(1) would permit the Federal Parliament to abolish the Senate.

Bearing in mind the historical background in which the creation of the Senate as a part of the federal legislative process was conceived, the words of Lord Sankey L.C. in *re The Regulation and Control of Aeronautics in Canada*³, at p. 70, although they were written in relation to the Act as originally enacted, are apt:

Inasmuch as the Act embodies a compromise under which the original Provinces agreed to federate, it is important to keep in mind that the preservation of the rights of minorities was a condition on which such minorities entered into the federation, and the foundation upon which the whole structure was subsequently erected. The process of interpretation as the years go on ought not to be allowed to dim or to whittle down the provisions of the original contract upon which the federation was founded, nor is it legitimate that any judicial construction of the provisions of ss. 91 and 92 should impose a new and different contract upon the federating bodies.

In our opinion, the power given to the Federal Parliament by s. 91(1) was not intended to enable it to alter in any way the provisions of ss. 91 and 92 governing the exercise of legislative authority by the Parliament of Canada and the Legislatures of the Provinces. Section 91(1) is a particularization of the general legislative power of the Parliament of Canada. That general power can be exercised only by the Queen by and with the advice and consent of the Senate and the House of Commons. Section 91(1) cannot be construed to confer

fédérale n'a pas le droit de juger une réclamation du gouvernement fédéral pour violation de contrat, une matière qui relève du droit provincial.

A notre avis, le pouvoir de modification conféré par le par. 91(1) se rapporte à la constitution du gouvernement fédéral dans les matières qui concernent uniquement ce gouvernement. Les lois édictées par le Parlement fédéral depuis 1949, que j'ai déjà mentionnées, illustrent l'exercice de ce pouvoir.

La question suivante est de savoir si, pris dans ce sens restreint, le par. 91(1) permet au Parlement fédéral d'abolir le Sénat.

Si l'on garde à l'esprit la situation historique dans laquelle l'institution du Sénat a été conçue comme partie du système législatif fédéral, l'opinion de lord Sankey L.C. dans *In re La réglementation et le contrôle de l'aéronautique au Canada*³, à la p. 70, bien que rédigée en regard de l'Acte dans sa forme initiale, est toujours pertinente:

[TRADUCTION] Dans la mesure où l'Acte renferme un compromis en vertu duquel les provinces primitives consentaient à se fédérer, il est important de ne pas perdre de vue que le maintien des droits des minorités était une des conditions auxquelles ces minorités consentaient à entrer dans la fédération et qu'il constituait la base sur laquelle toute la structure allait par la suite être érigée. La façon dont on l'interprète d'année en année ne doit pas faire perdre de vue ou modifier les dispositions du contrat initial qui prévoyait l'établissement de la fédération; il n'est pas juste non plus qu'une interprétation judiciaire des dispositions des art. 91 et 92 impose aux membres de la fédération un contrat nouveau et différent.

A notre avis, le pouvoir que le par. 91(1) a donné au Parlement fédéral ne visait pas à lui permettre de modifier de quelque façon les dispositions des art. 91 et 92 régissant l'exercice de l'autorité législative par le Parlement du Canada et les législatures provinciales. Le paragraphe 91(1) est une particularisation du pouvoir législatif général du Parlement du Canada. Ce pouvoir général ne peut être exercé que par la Reine du consentement et de l'avis du Sénat et de la Chambre des Communes. On ne peut interpréter le par.

³ [1932] A.C. 54

³ [1932] A.C. 54.

power to supplant the whole of the rest of the section. It cannot be construed as permitting the transfer of the legislative powers enumerated in s. 91 to some body or bodies other than those specifically designated in it.

This Court, in *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada and Lord Nelson Hotel Company Limited*⁴, determined that neither the Parliament of Canada nor a Provincial Legislature could delegate to the other the legislative powers with which it has been vested nor receive from the other the powers with which the other has been vested. The elimination of the Senate would go much further in that it would involve a transfer by Parliament of all its legislative powers to a new legislative body of which the Senate would not be a member.

In the case of *In re The Initiative and Referendum Act*⁵, the Court of Appeal for Manitoba held that *The Initiative and Referendum Act*, 6 Geo. V, c. 59, was *ultra vires* of the Manitoba Legislature to enact. This statute provided a procedure whereby laws of the province could be made and repealed by direct vote of the electors instead of only by the Legislature. Section 92(1) of the *British North America Act* provides that:

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subject next hereinafter enumerated; that is to say,—

1. The Amendment from Time to Time, notwithstanding anything in this Act, of the Constitution of the Province, except as regards the Office of Lieutenant Governor.

The Court held that s. 92 of the Act vests the power to make or repeal laws exclusively in the Legislature and that it did not contemplate the creation of a new legislative body to which the Legislature could delegate its powers of legislation or with which it would share them. It was held that this legislation could not be supported as constituting an amendment of the constitution

91(1) de façon à permettre de supplanter tout le reste de l'article. On ne peut l'interpréter de façon à permettre le transfert des pouvoirs législatifs énumérés dans l'art. 91 à un ou plusieurs organismes autres que ceux qui y sont expressément désignés.

Dans *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. Procureur général du Canada et Lord Nelson Hotel Company Limited*⁴, cette Cour a décidé que ni le Parlement du Canada ni une législature provinciale ne peuvent déléguer à l'autre les pouvoirs législatifs dont ils sont investis ni recevoir de l'autre les pouvoirs dont l'autre est investi. L'élimination du Sénat irait beaucoup plus loin car elle impliquerait le transfert par le Parlement de tous ses pouvoirs législatifs à un nouvel organisme législatif dont le Sénat ne ferait pas partie.

Dans l'arrêt *In re The Initiative and Referendum Act*⁵, la Cour d'appel du Manitoba a jugé que *The Initiative and Referendum Act*, 6 Geo. V, chap. 59, était *ultra vires* du pouvoir législatif de la législature du Manitoba. Cette loi prévoyait une procédure au moyen de laquelle les lois de la province pouvaient être édictées ou abrogées par vote direct des électeurs plutôt que par la seule législature. Le paragraphe 92(1) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* prévoit:

92. Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir:

1. L'amendement de temps à autre, nonobstant toute disposition contraire, énoncée dans le présent acte, de la constitution de la province, sauf les dispositions relatives à la charge de lieutenant-gouverneur.

La Cour a jugé que l'art. 92 de l'Acte confère à la législature le pouvoir exclusif d'édicter ou d'abroger des lois et qu'il ne vise pas l'institution d'un nouvel organisme législatif à qui la législature pourrait déléguer ses pouvoirs législatifs ou avec lequel elle pourrait les partager. La Cour a jugé qu'on ne pouvait pas justifier cette loi en invoquant qu'elle constituait une modification de la constitu-

⁴ [1951] S.C.R. 31.

⁵ (1916), 27 Man. R. 1.

⁴ [1951] R.C.S. 31.

⁵ (1916), 27 Man. R. 1.

under s. 92(1). Chief Justice Howell dealt with this point at p. 7:

The Legislature can in no way change any of the provisions of section 92. By s-s. 1, the Provincial constitution can be changed by the Legislature; but, no matter what changes are made in the constitution, the Provincial Legislature and no other body can legislate on the subjects set forth in the remainder of the sub-sections. I think that is a fair construction to place on that section, read in the light of the whole Act.

It was also held that such legislation would interfere with the "Office of Lieutenant Governor" in that it would render him powerless to prevent legislation, passed in the manner contemplated, from becoming law.

The judgment of the Privy Council⁶ dismissed the appeal from this judgment on the latter ground, but Viscount Haldane went on to say, at p. 945:

Having said so much, their Lordships, following their usual practice of not deciding more than is strictly necessary, will not deal finally with another difficulty which those who contend for the validity of this Act have to meet. But they think it right, as the point has been raised in the Court below, to advert to it. Sect. 92 of the Act of 1867 entrusts the legislative power in a Province to its Legislature, and to that Legislature only. No doubt a body, with a power of legislation on the subjects entrusted to it so ample as that enjoyed by a Provincial Legislature in Canada, could, while preserving its own capacity intact, seek the assistance of subordinate agencies, as had been done when in *Hodge v. The Queen* (9 App. Cas. 117), the Legislature of Ontario was held entitled to entrust to a Board of Commissioners authority to enact regulations relating to taverns; but it does not follow that it can create and endow with its own capacity a new legislative power not created by the Act to which it owes its own existence. Their Lordships do no more than draw attention to the gravity of the constitutional questions which thus arise.

The continued existence of the Senate as a part of the federal legislative process is implied in the exceptions provided in s. 91(1). One exception to the power conferred by s. 91(1) to amend the Constitution of Canada is "as regards the require-

⁶ [1919] A. C. 935.

tion en vertu du par. 92(1). Le juge en chef Howell a traité ainsi de la question à la p. 7:

[TRADUCTION] La Législature ne peut d'aucune façon modifier les dispositions de l'art. 92. En vertu du par. 1 elle peut modifier la constitution de la province; mais, quels que soient les changements apportés à la constitution, seule la législature provinciale peut légiférer sur les sujets énumérés dans les autres paragraphes. C'est là, je crois, une interprétation juste de l'article si on le lit à la lumière de l'ensemble de l'Acte.

La Cour a également jugé que cette loi portait atteinte à «la charge du lieutenant-gouverneur» en lui enlevant tout pouvoir de refuser un texte de loi adopté de la façon prévue.

L'arrêt du Conseil privé⁶, a rejeté sur ce dernier moyen l'appel de ce jugement, mais le vicomte Haldane a ajouté à la p. 945:

[TRADUCTION] Ceci dit, suivant leur pratique habituelle de ne décider que le strict nécessaire, leurs Seigneuries ne trancheront pas d'une manière définitive une autre difficulté à laquelle ceux qui prônent la validité de la loi doivent faire face. Mais ils croient juste d'en parler, la question ayant été discutée à la Cour d'appel du Manitoba. L'article 92 de l'Acte de 1867 confie l'autorité législative au sein de la province à sa législature, et à elle seulement. Nul doute qu'un organisme jouissant, sur les sujets qui sont de sa compétence, d'un pouvoir de légiférer aussi étendu que celui qui appartient à une législature provinciale au Canada pourrait, tout en préservant ses propres pouvoirs dans leur intégrité, se faire aider par des organismes subordonnés. Ceci était le cas lorsque, dans l'affaire *Hodge c. La Reine* (9 App. Cas. 117), il a été décidé que la législature de l'Ontario avait le droit de confier à un bureau de commissaires le pouvoir d'édicter des règlements relatifs aux tavernes; il ne s'ensuit pas toutefois que la Législature provinciale puisse créer un nouvel organe législatif qui n'est pas mentionné dans l'Acte auquel il doit son existence. Leurs Seigneuries ne font ici rien d'autre que souligner la gravité des questions constitutionnelles qui se posent à cet égard.

Les exceptions prévues au par. 91(1) impliquent l'existence continue du Sénat en tant que partie du système législatif fédéral. Une exception au pouvoir conféré par le par. 91(1) de modifier la constitution du Canada est «en ce qui regarde . . . les

⁶ [1919] A.C. 935.

ment that there shall be a session of the Parliament of Canada at least once each year". "Parliament" under s. 17 is to consist of the Queen, the Senate and the House of Commons. This exception contemplates that there shall continue to be sessions of the Senate and the House of Commons at least once each year.

The next exception requires that "no House of Commons shall continue for more than five years from the day of the return of the Writs for choosing the House" except in time of real or apprehended war, invasion or insurrection.

These two exceptions clearly indicate that the power to amend "the Constitution of Canada" given by s. 91(1) was not intended to include the power to eliminate the Senate or the House of Commons.

The Attorney General of Canada contended that the power to amend given by s. 91(1) was the equivalent, in the federal field, of s. 92(1) in the provincial field.

He points out that, pursuant to that power, the provinces of Manitoba, New Brunswick, Prince Edward Island, Nova Scotia and Quebec abolished their respective legislative councils.

The two sections are not, however, analogous. Section 92 does not, as does s. 91, particularize the participants in the law making process. Section 91 confers the authority to legislate in respect of matters within that section upon the Queen, with the advice and consent of the Senate and the House of Commons. Section 92 confers the authority to legislate in respect of matters within that section upon "the Legislature".

More importantly, s. 92(1) gives a power to amend the constitution of a province to the legislature, except as regards the office of the Lieutenant Governor, "notwithstanding anything in this Act". Section 91(1) confers a power of amendment subject to specified exceptions which, as we have already pointed out, contemplate the continued existence of both the Senate and the House of Commons.

prescriptions portant que le parlement du Canada tiendra au moins une session chaque année». Aux termes de l'art. 17, le «parlement» sera composé de la Reine, du Sénat et de la Chambre des Communes. Cette exception implique que le Sénat et la Chambre des Communes devront continuer de siéger au moins une fois chaque année.

L'exception suivante porte que «la durée de chaque chambre des communes sera limitée à cinq années, depuis le jour du rapport des brevets ordonnant l'élection de cette chambre» sauf en temps de guerre, d'invasion ou d'insurrection, réelles ou appréhendées.

Ces deux exceptions indiquent clairement que le pouvoir de modifier «la constitution du Canada» donné par le par. 91(1) ne comprend pas celui d'éliminer le Sénat ou la Chambre des Communes.

Le procureur général du Canada prétend que le pouvoir de modification conféré par le par. 91(1) est l'équivalent, dans le domaine fédéral, du par. 92(1) dans le domaine provincial.

Il fait remarquer qu'en vertu de ce pouvoir les provinces du Manitoba, du Nouveau-Brunswick, de l'Île-du-Prince-Édouard, de la Nouvelle-Écosse et du Québec ont aboli leur conseil législatif respectif.

Cependant, les deux articles ne sont pas analogues. Contrairement à l'art. 91, l'art. 92 ne nomme pas les organes du pouvoir législatif. L'article 91 confère le pouvoir de légiférer, dans les matières qu'il vise, à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes. L'article 92 confère à «la législature» le pouvoir de légiférer dans les matières qu'il énumère.

Ce qui est plus important, c'est que le par. 92(1) donne à la législature le pouvoir de modifier la constitution de la province, sauf les dispositions relatives à la charge de lieutenant-gouverneur, «nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte». Mais le par. 91(1) confère un pouvoir de modification sous réserve d'exceptions précises lesquelles, comme nous l'avons déjà mentionné, impliquent l'existence continue du Sénat et de la Chambre des Communes.

For the foregoing reasons, we would answer the first question in the negative.

Question 2:

The Attorney General of Canada submits that this question, in all its aspects, should be answered in the affirmative. Differing views were expressed by the Attorneys General of the provinces.

All of the provincial Attorneys General, other than the Attorney General of Prince Edward Island, submitted that Question 2(f) should be answered in the negative. This sub-question raises the question of the power of Parliament, under s. 91(1), to provide that all bills be given assent and the force of law after a certain time period notwithstanding that they had not been approved by the Upper House. The only provision presently existing, which limits the power of the Senate as compared with the power of the House of Commons, is s. 53 which provides that bills for appropriating any part of the public revenue or for imposing any tax or impost shall originate in the House of Commons.

A provision of the kind contemplated would seriously impair the position of the Senate in the legislative process because it would permit legislation to be enacted under s. 91 without the consent of the Senate. For the reasons already given in respect of Question 1, it is our view that Parliament cannot under s. 91(1) impair the role of the Senate in that process. We would answer this question in the negative.

With respect to the other portions of Question 2, the Attorney General of Ontario and the Attorney General of Nova Scotia submit that these sub-questions cannot be answered categorically in the form in which they are asked. As the Attorney General of Nova Scotia puts it, they cannot be answered "in the absence of a factual context or actual draft legislation". In our opinion there is merit in this contention. We will deal with the sub-questions seriatim.

Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d'avis de répondre à la première question par la négative.

2^e question:

Le procureur général du Canada prétend, qu'à tous égards, il faut répondre à cette question par l'affirmative. Les procureurs généraux des provinces ont exprimé des vues différentes.

Tous les procureurs généraux des provinces, à l'exception du procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, ont soutenu qu'il faut répondre par la négative à la question 2(f). Ce paragraphe pose la question du pouvoir du Parlement, en vertu du par. 91(1), de prévoir que tous les projets de loi soient sanctionnés et aient force de loi après l'écoulement d'un certain délai, et ce, même sans leur approbation par la Chambre haute. La seule disposition actuelle, qui limite le pouvoir du Sénat, par rapport à celui de la Chambre des Communes, est l'art. 53 qui prévoit que tout projet de loi ayant pour but l'approbation d'une portion quelconque du revenu public, ou la création de taxes ou d'impôts, devra originer dans la Chambre des Communes.

Une disposition de la nature de celle que l'on envisage affaiblirait beaucoup la position du Sénat dans le système législatif parce qu'elle permettrait que des lois soient édictées en vertu de l'art. 91 sans le consentement du Sénat. Pour les motifs déjà donnés, quant à la première question, nous croyons que le Parlement ne peut, en vertu du par. 91(1), affaiblir le rôle du Sénat dans ce système. Nous sommes d'avis de répondre à cette question par la négative.

En ce qui a trait aux autres parties de la seconde question, le procureur général de l'Ontario et le procureur général de la Nouvelle-Écosse prétendent que l'on ne peut y répondre catégoriquement dans la forme où elles sont posées. Pour reprendre les paroles du procureur général de la Nouvelle-Écosse, on ne peut répondre à ces questions [TRA-DUCTION] «en l'absence de précisions sur le contexte ou d'un projet de loi rédigé». Cette prétention nous paraît bien fondée. Nous examinerons successivement chaque paragraphe.

Sub-question (a) asks whether Parliament could change the name of the Upper House. We would assume that a change of name would be proposed only as a part of some scheme for the alteration of the Senate itself. If that scheme were to be held *ultra vires* of Parliament, then the change of name would probably go with it. We do not think the question can properly be answered in the absence of such a context.

Sub-question (b) involves changing the numbers and proportions of members by whom provinces and territories are represented in the Senate. None of the provinces supported the federal submission on this point.

As previously noted, the system of regional representation in the Senate was one of the essential features of that body when it was created. Without it, the fundamental character of the Senate as part of the Canadian federal scheme would be eliminated. In the absence of a factual context, it is not possible to say whether a change contemplated by this question would be in keeping with that fundamental character.

Sub-question (c) deals with a change in the qualifications of senators. The difficulty here is that we have not been told what changes are contemplated. Some of the qualifications for senators prescribed in s. 23, such as the property qualifications, may not today have the importance which they did when the Act was enacted. On the other hand, the requirement that a senator should be resident in the province for which he is appointed has relevance in relation to the sectional characteristic of the make-up of the Senate. In our opinion, the question cannot be answered categorically.

Sub-question (d) relates to the tenure of senators. At present, a senator, when appointed, has tenure until he attains the age of seventy-five. At some point, a reduction of the term of office might impair the functioning of the Senate in providing what Sir John A. Macdonald described as "the sober second thought in legislation". The Act contemplated a constitution similar in principle to that of the United Kingdom, where members of the House of Lords hold office for life. The imposition

Au paragraphe (a) on demande si le Parlement peut modifier le nom de la Chambre haute. Nous présumons qu'un changement de nom ne serait proposé que dans le cadre d'un projet de modification du Sénat lui-même. Si ce projet était jugé *ultra vires* du Parlement, alors le changement de nom le serait probablement aussi. Nous ne croyons pas que l'on puisse répondre convenablement à cette question en l'absence d'un tel contexte.

Le paragraphe (b) implique un changement dans le nombre et la proportion des membres du Sénat qui y représentent les provinces et les territoires. Aucune des provinces n'a appuyé la prétention fédérale sur ce point.

Comme on l'a vu, le mode de représentation régionale au Sénat était l'un des caractères essentiels de cet organisme lors de sa création. Sans lui, le caractère fondamental du Sénat en tant que partie du système fédéral canadien disparaît. En l'absence de précisions sur le contexte, il n'est pas possible de dire si un changement visé par cette question respecterait ce caractère fondamental.

Le paragraphe (c) porte sur un changement dans les qualités exigées des sénateurs. La difficulté ici, est que nous ignorons quels changements sont envisagés. Certaines des qualités exigées des sénateurs à l'art. 23, comme celles qui ont trait à leurs biens, peuvent ne pas avoir aujourd'hui l'importance qu'elles avaient lorsque l'Acte a été édicté. Par ailleurs, l'exigence qu'un sénateur réside dans la province pour laquelle il est nommé est importante par rapport aux caractéristiques des divisions qui composent le Sénat. A notre avis, on ne peut répondre catégoriquement à cette question.

Le paragraphe (d) concerne la durée des fonctions des sénateurs. Actuellement, lorsqu'ils sont nommés, les sénateurs occupent leur charge jusqu'à l'âge de soixante-quinze ans. A un certain point, la réduction de la durée des fonctions pourrait nuire au bon fonctionnement du Sénat qui assure, pour reprendre les paroles de Sir John A. Macdonald, [TRADUCTION] «un deuxième coup d'œil attentif à la loi». L'Acte prévoit une constitution semblable, en principe, à celle du Royaume-

of compulsory retirement at age seventy-five did not change the essential character of the Senate. However, to answer this question we need to know what change of tenure is proposed.

Sub-question (e), paragraphs (i), (ii) and (iii), contemplates changing the method of appointment of senators, presently the function of the Governor General, by having "some" members selected by provincial legislatures, "some" members by the House of Commons, "some" members selected by the Lieutenant Governor in Council or "some other body or bodies". The selection of senators by a provincial legislature or by the Lieutenant Governor of a province would involve an indirect participation by the provinces in the enactment of federal legislation and is contrary to the reasoning of this Court in the *Lord Nelson Hotel* case previously cited.

Again, we do not feel that we have a factual context in which to formulate a satisfactory answer.

Sub-question (e) paragraph (iv) deals with the possible selection of all or some members of the Senate by direct election by the public. The substitution of a system of election for a system of appointment would involve a radical change in the nature of one of the component parts of Parliament. As already noted, the preamble to the Act referred to "a constitution similar in principle to that of the United Kingdom", where the Upper House is not elected. In creating the Senate in the manner provided in the Act, it is clear that the intention was to make the Senate a thoroughly independent body which could canvass dispassionately the measures of the House of Commons. This was accomplished by providing for the appointment of members of the Senate with tenure for life. To make the Senate a wholly or partially elected body would affect a fundamental feature of that body. We would answer this sub-question in the negative.

Dealing generally with Question 2, it is our opinion that while s. 91(1) would permit some

Uni, où les membres de la Chambre des lords siègent à vie. L'imposition de la retraite obligatoire à l'âge de soixante-quinze ans n'a pas modifié le caractère essentiel du Sénat. Cependant, pour répondre à cette question, il nous faudrait savoir quels changements on se propose d'apporter à la durée des fonctions.

Le paragraphe (e), aux alinéas (i), (ii) et (iii), envisage le changement du mode de nomination des sénateurs, pouvoir qu'exerce actuellement le gouverneur général. On ferait choisir «certains» membres du Sénat par les législatures provinciales, «certains» membres par la Chambre des Communes, «certains» membres par les lieutenants-gouverneurs en conseil ou par «un ou plusieurs organismes». Le choix de sénateurs par une législature provinciale ou par le lieutenant-gouverneur d'une province impliquerait une participation indirecte des provinces à l'adoption des lois fédérales et cela est contraire au raisonnement de cette Cour dans l'arrêt *Lord Nelson Hotel* cité précédemment.

De nouveau, nous ne croyons pas avoir sur le contexte des précisions qui nous permettraient de formuler une réponse satisfaisante.

Le paragraphe (e) à l'alinéa (iv) vise la sélection possible d'une partie ou de la totalité des membres du Sénat par voie d'élection directe par le peuple. La substitution d'un système d'élection à un système de nomination implique un changement radical dans la nature d'un des organes du Parlement. Comme on l'a vu, le préambule de l'Acte parle d'«une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni», où la Chambre haute n'est pas élective. En créant le Sénat de la manière prévue à l'Acte, il est évident qu'on voulait en faire un organisme tout à fait indépendant qui pourrait revoir avec impartialité les mesures adoptées par la Chambre des Communes. On y est arrivé en disposant que les membres du Sénat seraient nommés à vie. Si l'on faisait du Sénat un organisme entièrement ou partiellement électif, on en modifierait un trait fondamental. Nous sommes d'avis de répondre par la négative sur ce point.

Examinant de façon générale la seconde question, nous sommes d'avis que, bien que le par.

changes to be made by Parliament in respect of the Senate as now constituted, it is not open to Parliament to make alterations which would affect the fundamental features, or essential characteristics, given to the Senate as a means of ensuring regional and provincial representation in the federal legislative process. The character of the Senate was determined by the British Parliament in response to the proposals submitted by the three provinces in order to meet the requirement of the proposed federal system. It was that Senate, created by the Act, to which a legislative role was given by s. 91. In our opinion, its fundamental character cannot be altered by unilateral action by the Parliament of Canada and s. 91(1) does not give that power.

We answer Question 1 in the negative. We answer sub-questions 2(b), 2(e)(iv) and 2(f) in the negative. In our opinion, the other sub-questions in Question 2, in the absence of a factual background, cannot be answered categorically.

The questions referred to have been answered as follows:

Question 1: No

Question 2: (a) No answer

(b) No

(c) No answer

(d) No answer

(e) (i) No answer

(ii) No answer

(iii) No answer

(iv) No

(f) No

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

*Solicitor for the Attorney General of Ontario:
Allan Leal, Toronto.*

*Solicitor for the Attorney General of Nova Scotia:
Gordon F. Coles, Halifax.*

91(1) permette au Parlement d'apporter certains changements à la constitution actuelle du Sénat, il ne lui permet pas d'apporter des modifications qui porteraient atteinte aux caractéristiques fondamentales ou essentielles attribuées au Sénat pour assurer la représentation régionale et provinciale dans le système législatif fédéral. Le Parlement britannique a déterminé le caractère du Sénat d'après les propositions soumises par les trois provinces pour rencontrer les exigences du système fédéral proposé. C'est à ce Sénat, créé par l'Acte, que l'art. 91 a donné un rôle législatif. Nous sommes d'avis que le Parlement du Canada ne peut en modifier unilatéralement le caractère fondamental et le par. 91(1) ne l'y autorise pas.

Nous répondons par la négative à la première question ainsi qu'aux paragraphes 2(b), 2(e) alinéa (iv) et 2(f) de la seconde question. A notre avis, en l'absence de précisions sur le contexte, il n'est pas possible de donner une réponse catégorique au reste de la seconde question.

Les questions soumises ont reçu les réponses suivantes:

Question 1: Non

Question 2: a) Pas de réponse

b) Non

c) Pas de réponse

d) Pas de réponse

e) (i) Pas de réponse

(ii) Pas de réponse

(iii) Pas de réponse

(iv) Non

f) Non

*Procureur du procureur général du Canada:
Roger Tassé, Ottawa.*

*Procureur du procureur général de l'Ontario:
Allan Leal, Toronto.*

*Procureur du procureur général de la Nouvelle-Écosse:
Gordon F. Coles, Halifax.*

Solicitor for the Attorney General of New Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.

Solicitor for the Attorney General of Prince Edward Island: Graham W. Stewart, Charlottetown.

Solicitor for the Attorney General of Saskatchewan: Richard Gosse, Regina.

Solicitors for the Attorney General of Alberta: Ross Paisley and William Henkel, Edmonton.

Solicitor for the Attorney General of Newfoundland: James A. Nesbitt, St. John.

Procureur du procureur général du Nouveau-Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.

Procureur du procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard: Graham W. Stewart, Charlottetown.

Procureur du procureur général de la Saskatchewan: Richard Gosse, Regina.

Procureurs du procureur général de l'Alberta: Ross Paisley et William Henkel, Edmonton.

Procureur du procureur général de Terre-Neuve: James A. Nesbitt, St-Jean.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Jean B. *Respondent*.

1977: December 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF QUEBEC

Appeal — Application for leave to appeal — Time for making application — Interpretation — Juvenile Delinquents Act, R.S.C. 1970, c. J-3, s. 37(3) — Official Languages Act, R.S.C. 1970, c. O-2, s. 8.

On July 22, 1977 respondent, who was then 17 years 11 months old ("the accused"), appeared before Judge Thériault of the Sherbrooke Social Welfare Court on a charge of murder, having been found by a coroner criminally responsible for the death of his brother. Counsel for the appellant ("the prosecution"), before the accused made his plea, submitted a motion pursuant to s. 9 of the *Juvenile Delinquents Act* for him to be proceeded against "by indictment in the ordinary courts in accordance with the provisions of the *Criminal Code* in that behalf". On September 30, 1977 the judge dismissed the motion.

On October 7, 1977 the prosecution, after service on the interested parties, filed at the office of the Superior Court in Sherbrooke a notice of appeal from this decision and an application for leave to appeal. The application included a notice that it would be made ("*présentée*") on October 12. It was in fact made on that date, that is twelve days after the date of the judgment which was the subject of the application for leave. Counsel for the accused objected that the application was not "presented" within ten days in accordance with s. 37(3) of the *Juvenile Delinquents Act*, and that accordingly the judge of the Superior Court lacked jurisdiction to hear it. Carrier Fortin J. of the Superior Court held that although the word "*présentée*" provided some basis for the arguments of the accused, on the other hand, interpretation of the English phrase "shall be made" has evolved along less strict lines. Citing *R. v. K.* (1977), 36 C.C.C. (2d) 446, s. 8 of the *Official Languages Act* and s. 11 of the *Interpretation Act*, he concluded that the application "was made within the time limit set by the Act" and dismissed the objection. In support of his conclusion, the judge went on to say that in light of the circumstances existing in the Sherbrooke district (where the criminal division only sits on Mondays) a strict

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Jean B. *Intimé*.

1977: 6 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Appel — Demande d'autorisation d'appel — Délai de présentation — Interprétation — Loi sur les jeunes délinquants, S.R.C. 1970, chap. J-3, art. 37(3) — Loi sur les langues officielles, S.R.C. 1970, chap. O-2, art. 8.

Le 22 juillet 1977, l'intimé, alors âgé de 17 ans et 11 mois, («le prévenu») comparait devant le juge Thériault de la Cour de bien-être social de Sherbrooke sous une accusation de meurtre, après avoir été tenu criminellement responsable de la mort de son frère par un coroner. Le procureur de l'appelante («le ministère public») présente, avant que le prévenu enregistre son plaidoyer, une requête en vertu de l'art. 9 de la *Loi sur les jeunes délinquants* pour qu'il soit poursuivi «par mise en accusation devant les cours ordinaires conformément aux dispositions du *Code criminel* à ce sujet». Le 30 septembre 1977, le juge rejette la requête.

Le 7 octobre 1977, le ministère public, après signification aux parties intéressées, dépose au greffe de la Cour supérieure, à Sherbrooke, un avis d'appel de cette décision et une requête pour obtenir l'autorisation d'appeler. La requête comporte un avis qu'elle sera présentée le 12 octobre. Elle est effectivement présentée à cette date soit douze jours après la date du jugement qui fait l'objet de la demande d'autorisation. L'avocat du prévenu objecte que la requête n'a pas été «présentée» dans les dix jours conformément au par. 37(3) de la *Loi sur les jeunes délinquants* et que le juge de la Cour supérieure n'a pas, par conséquent, juridiction pour l'entendre. Le juge Carrier Fortin de la Cour supérieure statue que si l'expression «présentée» peut inciter à accepter les prétentions du prévenu, par contre, l'interprétation de l'expression anglaise «*shall be made*» a évolué vers un sens moins rigoureux. Citant l'arrêt *R. v. K.* (1977), 36 C.C.C. (2d) 446, l'art. 8 de la *Loi sur les langues officielles* et l'art. 11 de la *Loi d'interprétation*, il conclut que la requête a «été présentée (*made*) dans le délai fixé par la loi» et rejette l'objection. À l'appui de sa conclusion, le juge ajoute qu'en raison des circonstances existant dans le district de Sherbrooke (où la chambre criminelle ne siège que les lundis) l'interprétation rigou-

interpretation would give priority to the proceeding on the substantive law and, in certain cases, might lead to negating the right of appeal. Having dismissed the preliminary objection, the judge considered the case on its merits and reversed the trial judgment.

The accused appealed from the decision of the Superior Court to the Court of Appeal. The latter unambiguously held that it considered to be peremptory the argument that s. 37(3) of the *Juvenile Delinquents Act* required "as a necessary condition to the judge having jurisdiction to hear an application for leave to appeal that such an application be made (*"présentée"*) within ten days". Monet J., who wrote the reasons of the Court of Appeal, further stated that: "We are very far here from provisions conferring a discretionary power on courts or the judges. The wording of the independent and peremptory provisions of s. 37(3) is clear. This is how it was interpreted in *R. v. Martin* (1952), 103 C.C.C. 240 and *R. v. Hipke*, [1968] 1 C.C.C. 111, and at least by implication in *R. v. P.*, [1964] 2 C.C.C. 27 and *R. v. Corkum*, (1971), 2 C.C.C. (2d) 497". The appeal was allowed on this question of law, and the prosecution appealed to this Court.

Held: The appeal should be allowed.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec¹, reversing a judgment of the Superior Court² which had given leave for and allowed an appeal from a judgment of the Social Welfare Court. Appeal allowed and case referred back to the Court of Appeal to be decided on the merits.

Michel Ayotte, for the appellant.

Hubert Couture and *Gilles Ouellet*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

MARTLAND J.—We will not need to hear you in reply, Mr. Ayotte.

The Court of Appeal set aside the judgment of the Superior Court for the sole reason that the application for leave to appeal made pursuant to s. 37 of the *Juvenile Delinquents Act* had not been "presented" to the judge within the time limit of ten days therein specified but had only been filed

reuse donnerait préséance à la procédure sur le droit substantif et pourrait conduire, en certains cas, à la négation du droit d'appel. Ayant rejeté l'objection préliminaire, le juge examine l'affaire au fond et il infirme le jugement de première instance.

Le prévenu en appelle de la décision de la Cour supérieure devant la Cour d'appel. Cette dernière, unanimement, déclare qu'elle considère péremptoire l'argument selon lequel le par. 37(3) de la *Loi sur les jeunes délinquants* exige «comme condition préalable à la compétence du juge d'instruire une demande d'autorisation d'appel, que cette demande soit présentée dans les dix jours.» Et le juge Monet qui écrit les motifs de la Cour d'appel ajoute: «Nous sommes ici très loin des dispositions accordant aux tribunaux ou aux juges un pouvoir discrétionnaire. Le texte des dispositions autonomes et impératives de l'art. 37, al. 3, est clair. C'est ainsi qu'il a été interprété dans les affaires *R. c. Martin* (1952), 103 C.C.C. 240 et *R. c. Hipke*, [1968] 1 C.C.C. 111, et, du moins implicitement, dans les affaires *R. c. P.*, [1964] 2 C.C.C. 27 et *R. c. Corkum*, (1971), 2 C.C.C. (2d) 497.» L'appel ayant été accueilli sur cette question de droit, le ministère public se pourvoit devant cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹ infirmant un jugement de la Cour supérieure² qui avait autorisé et accueilli l'appel d'un jugement de la Cour de bien-être social. Pourvoi accueilli et affaire renvoyée à la Cour d'appel pour qu'elle statue sur le fond.

Michel Ayotte, pour l'appelante.

Hubert Couture et *Gilles Ouellet*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été prononcé oralement par

LE JUGE MARTLAND—Nous n'avons pas besoin de vous entendre en réplique Me Ayotte.

La Cour d'appel a infirmé le jugement de la Cour supérieure pour l'unique motif que la demande de permission d'interjeter appel faite suivant l'art. 37 de la *Loi sur les jeunes délinquants* n'a pas été «présentée» au juge dans le délai de dix

¹ C.A.M. 500-10-000134-781, January 22, 1979.

² [1978] C.S. 456.

¹ C.A.M. 500-10-000134-781, 22 janvier 1979.

² [1978] C.S. 456.

with the Clerk of the Court and served upon the respondent within said time limit.

This interpretation in our opinion does not conform with the text when considered in the two official languages and we are in agreement with the reasons and the conclusion of the judge of the Superior Court on this point.

The judgment of the Court of Appeal of the Province of Quebec is set aside and the case is referred back to the Court of Appeal for its decision on the merits of the appeal which has been brought before it.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Michel Ayotte, Sherbrooke, Quebec.

Solicitors for the respondent: Gilles Ouellet, Thetford Mines, Quebec and Hubert Couture, St-Joseph de Beauce, Quebec.

jours qui y est fixé, mais a seulement été produite au greffe et signifiée à l'intimé dans ce délai.

Cette interprétation ne nous paraît pas conforme au texte considéré dans les deux langues officielles et nous sommes d'accord avec les motifs et la conclusion du juge de la Cour supérieure sur ce point.

L'arrêt de la Cour d'appel de la province de Québec est infirmé et l'affaire lui est renvoyée pour qu'elle statue sur le fond de l'appel qui a été interjeté devant elle.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Michel Ayotte, Sherbrooke, Québec.

Procureurs de l'intimé: Gilles Ouellet, Thetford Mines, Québec et Hubert Couture, St-Joseph de Beauce, Québec.

Evans Products Company Limited
(Plaintiff) Appellant;

and

Crest Warehousing Company Limited
(Defendant) Respondent.

1979: February 27; 1979: July 18.

Present: Martland, Pigeon, Dickson, Estey and McIntyre JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Bailment — Plywood crates stored with warehouseman — Plywood damaged by fire — Liability for loss admitted by warehouseman — Quantum of damages — Provision in warehouse receipt for limitation of liability — Statutory obligation of warehouseman to take care not impaired — Warehouse Receipts Act, R.S.B.C. 1960, c. 404, ss. 3(4)(b), 14.

The appellant company stored with the respondent warehouseman 230 crates of plywood for which it agreed to pay a monthly storage charge. The storage contract was evidenced by three warehouse receipts covering 230 crates. Upon the reverse side of each receipt under the heading STANDARD CONTRACT TERMS AND CONDITIONS there appeared various provisions of which s. 11(f) stated, in part, that the "liability of the warehouseman arising from legal responsibility shall be limited to the actual value of the loss or damage of the stored goods and in no case shall the liability exceed \$50.00 on any one package or stored unit unless the storer, at or prior to the time the goods are placed in storage had declared in writing a value in excess of \$50.00 on such package or stored unit and has paid or agreed to pay a charge additional to the base storage rate to cover the excess valuation." No declaration of higher value was made by the appellant at any time. The plywood was damaged by fire while in storage. Liability for the loss was admitted by the warehouseman and the only matter argued in this Court was the quantum of damages.

At trial and on the appeal, three issues were canvassed. The appellant argued that cl. 11(f) of the warehouse receipt was not a part of the contract of storage; that if it did apply it was void because of s. 3(4)(b) of the *Warehouse Receipts Act*, R.S.B.C. 1960, c. 404; and that the conduct of the respondent in storing the plywood in a dangerous manner amounted to a fundamental breach of the contract and thus enabled the appellant

Evans Products Company Limited
(Demanderesse) Appelante;

et

Crest Warehousing Company Limited
(Défenderesse) Intimée.

1979: 27 février; 1979: 18 juillet.

Présents: Les juges Martland, Pigeon, Dickson, Estey et McIntyre.

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

Dépôt — Paquets de contreplaqué entreposés chez un entreposeur — Contreplaqué endommagé par le feu — L'entreposeur a reconnu sa responsabilité à l'égard de la perte — Quantum des dommages — Disposition du récépissé d'entrepôt limitant la responsabilité — L'obligation de l'entreposeur d'apporter le soin exigé par la loi n'est pas restreinte — Warehouse Receipts Act, R.S.B.C. 1960, chap. 404, al. 3(4)b) et art. 14.

La compagnie appelante a entreposé chez l'entreposeur intimée 230 paquets de contreplaqué pour lesquels elle a convenu de payer des frais mensuels d'entreposage. La preuve du contrat d'entreposage a été établie par trois récépissés d'entrepôt pour 230 paquets. A l'endos de ces récépissés on trouve diverses dispositions sous le titre CONDITIONS DU CONTRAT-TYPE, dont l'al. 11(f) énonçait notamment que «la responsabilité de l'entreposeur découlant de son obligation légale est limitée à la valeur réelle des marchandises entreposées détruites ou endommagées et en aucun cas ne doit excéder \$50 pour un colis ou une unité entreposée à moins que le déposant, au moment où les marchandises sont entreposées ou avant, n'ait déclaré par écrit une valeur supérieure à \$50 pour ce colis ou cette unité entreposée et n'ait payé ou convenu de payer une surcharge au tarif d'entreposage de base pour couvrir l'évaluation excédentaire». L'appelante n'a jamais déclaré une valeur plus élevée. Le contreplaqué a été endommagé par le feu pendant l'entreposage. L'entreposeur a reconnu sa responsabilité à l'égard de la perte, et la seule question à trancher est celle du quantum des dommages.

En première instance et en appel, trois questions ont été examinées. L'appelante a soutenu que la clause 11(f) du récépissé d'entrepôt ne faisait pas partie du contrat d'entreposage; que si cette clause s'appliquait, l'alinéa 3(4)b) de la *Warehouse Receipts Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 404, la rendait nulle; et que la conduite de l'intimée qui a entreposé le contreplaqué dans des conditions dangereuses constituait une violation fondamentale du

to sue for and recover actual loss without being bound by the limitation of liability. While the trial judge found for the respondent on the first issue, he considered that cl. 11(f) did impair the obligation of the warehouseman to use care contrary to s. 3(4)(b) of the *Warehouse Receipts Act* and that the negligence of the respondent amounted to a fundamental breach of the contract. The value of the plywood prior to the fire was in excess of \$100,000 and at trial damages were awarded in the sum of \$83,791.34 with interest.

The Court of Appeal allowed the respondent's appeal holding that cl. 11(f) forming part of the storage contract did not impair the obligation of the warehouseman to exercise the standard of care required by the statute and that the negligence of the warehouseman, while certainly a breach of the contract entitling the appellant to damages, was not a fundamental breach which would deprive the respondent of the limitation of liability provided in cl. 11(f). The damages were accordingly reduced to \$11,500 with interest.

In this Court, the appellant submitted that the Court of Appeal erred in holding that cl. 11(f) was applicable, and by failing to hold that the clause had no legal effect as it was in contravention of s. 3(4)(b) of the *Warehouse Receipts Act*. It was also argued that a provision such as cl. 11(f) of the receipt was contrary to s. 14 of the Act and would therefore be excluded by s. 3(4)(a).

Sections 3(4) and 14 of the *Warehouse Receipts Act* provide as follows: "3(4). A warehouseman may insert in a receipt issued by him any other term or condition that (a) is not contrary to any provision of this Act; and (b) does not impair his obligation to exercise such care and diligence in regard to the goods as a careful and vigilant owner of similar goods would exercise in the custody of them in similar circumstances. 14. A warehouseman is liable for loss of or injury to goods caused by his failure to exercise such care and diligence in regard to them as a careful and vigilant owner of similar goods would exercise in the custody of them in similar circumstances."

Held (Estey J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Pigeon, Dickson and McIntyre JJ.: The suggestion was rejected that cl. 11(f), which does no more than establish by agreement the maximum amount of damage, is repugnant to s. 14 or otherwise contrary to any provision of the *Warehouse Receipts Act*.

contrat et autorisait en conséquence l'appelante à poursuivre pour la perte réelle et à la recouvrer sans être liée par la limitation de responsabilité. Quoique le juge du procès ait conclu en faveur de l'intimée sur le premier point, il a considéré que la clause 11f) contrairement à l'al. 3(4)b) de la *Warehouse Receipts Act*, restreignait l'obligation de l'entreposeur d'agir avec soin et que la négligence de l'intimée constituait une violation fondamentale du contrat. La valeur du contreplaqué avant l'incendie était de plus de \$100,000 et au procès des dommages de \$83,791.34 avec intérêts ont été accordés.

La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'intimée, statuant que la clause 11f) faisant partie du contrat d'entreposage ne restreignait pas l'obligation de l'entreposeur d'apporter le soin exigé par la loi et que la négligence de l'entreposeur, quoique certainement une violation du contrat donnant à l'appelante droit à des dommages-intérêts, ne constituait pas une violation fondamentale qui privait l'intimée de la limitation de responsabilité prévue à la clause 11f). Les dommages ont en conséquence été réduits à \$11,500 avec intérêts.

En cette Cour, l'appelante a soutenu que la Cour d'appel s'est trompée en statuant que la clause 11f) est applicable, et en ne statuant pas que cette clause n'a aucun effet légal parce qu'elle est contraire à l'al. 3(4)b) de la *Warehouse Receipts Act*. On a aussi prétendu qu'une disposition comme la clause 11f) du récépissé est contraire à l'art. 14 de la Loi et est donc exclue par l'al. 3(4)a).

Le paragraphe 3(4) et l'art. 14 de la *Warehouse Receipts Act* établissent ce qui suit: «3(4) Un entreposeur peut insérer dans un récépissé qu'il délivre toute autre clause ou condition a) qui n'est pas contraire à une disposition de la présente loi, et b) qui ne restreint pas l'obligation qu'il a d'apporter à l'égard des marchandises le même soin et la même diligence qu'apporterait à leur garde le propriétaire soigneux et vigilant de marchandises semblables en de pareilles circonstances. 14. Un entreposeur est responsable de la perte des marchandises et des dommages qu'elles subissent du fait qu'il n'a pas apporté aux marchandises le soin et la diligence qu'apporterait à leur garde le propriétaire soigneux et vigilant de marchandises semblables en de pareilles circonstances.»

Arrêt (Le juge Estey étant dissident): Le pourvoi doit être rejeté.

Les juges Martland, Pigeon, Dickson et McIntyre: L'idée que la clause 11f), qui n'est rien de plus qu'une entente fixant le montant maximal des dommages, est incompatible avec l'art. 14 ou contraire par ailleurs à une disposition de la *Warehouse Receipts Act* est rejetée.

A contractual limitation of liability does not impair the obligation to take care declared in s. 14. That obligation is statutory and not subject to modification by private contract. Even if a limitation of liability did have the effect of inducing carelessness on the part of the warehouseman it would not impair the obligation. It might very well impair performance but the obligation remains untouched and in the event of loss whatever the consequential damage the responsibility of the warehouseman must depend upon whether or not he met the obligation fixed upon him in s. 14.

The combined effect of subs. (4) of s. 3 and s. 14 is merely to provide that the parties to a storage contract coming within the provisions of the *Warehouse Receipts Act* may not by private contract stipulate for some other and possibly lower standard of care thereby relieving the warehouseman of his statutory duty.

Per Estey J., dissenting: The appeal should be allowed and the judgment at trial restored. Section 11(f) of the contract is a contractual provision limiting the liability of the warehouseman to pay "for loss of or injury to goods caused by his failure to exercise such care and diligence in regard to them as a careful and vigilant owner of similar goods would exercise in the custody of them in similar circumstances", and is therefore contrary to the provisions of s. 14 of the *Warehouse Receipts Act*. This in turn brings into play s. 3(4)(a) which by its operation excludes s. 11(f) from the contract. As a result, the contract between the parties contains no limitation of liability and the respondent-warehouseman is responsible for the actual loss of the appellant-customer.

The plain meaning of the word "loss" as it appears in s. 14 is actual loss and not a quantity calculated by formula agreed upon by the parties. The appellant's submission that "any clause which purported to reduce, lessen, diminish or impair the standard of care and the resultant liability contained in s. 14 would be void pursuant to s. 3(4)(a)" should be accepted as sound in law except with the reference to the impairment of the standard of care which is not necessary to determine because of the combined effect of s. 3(4)(a) and s. 14.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia¹, allowing an appeal from a judgment of Verchere J. Appeal dismissed, Estey J. dissenting.

¹ [1978] 1 W.W.R. 648.

Une limitation contractuelle de responsabilité ne restreint pas l'obligation d'agir avec soin énoncée à l'art. 14. Cette obligation est imposée par la loi et n'est pas susceptible de modification par un contrat privé. Même si une limitation de responsabilité avait réellement pour effet d'encourager l'incurie de l'entreposeur, elle ne restreindrait pas l'obligation. Il se peut fort bien qu'elle ait des répercussions sur l'exécution de l'obligation, mais celle-ci demeure inchangée et, en cas de perte, quel que soit le dommage qui en résulte, c'est le respect ou le non-respect de l'obligation que l'art. 14. impose à l'entreposeur qui déterminera sa responsabilité.

L'effet conjugué du par. 3(4) et de l'art. 14, à mon avis, est simplement de prévoir que les parties à un contrat d'entreposage soumis aux dispositions de la *Warehouse Receipts Act* ne peuvent pas, par contrat privé, convenir d'un niveau de soin différent et peut-être inférieur, soustrayant en conséquence l'entreposeur à l'obligation que lui impose la loi.

Le juge Estey dissident: Le pourvoi doit être accueilli et la décision de première instance rétablie. La clause 11f) du contrat constitue une disposition contractuelle qui limite la responsabilité de l'entreposeur de payer «la perte de marchandises et [les] dommages qu'elles subissent du fait qu'il n'a pas apporté aux marchandises le soin et la diligence qu'apporterait à leur garde le propriétaire soigneux et vigilant de marchandises semblables en de pareilles circonstances», et elle est donc contraire aux dispositions de l'art. 14 reproduites plus haut. Cela fait alors jouer l'al. 3(4)a) qui a pour effet d'exclure la clause 11f) du contrat. En conséquence, le contrat entre les parties ne contient aucune limitation de responsabilité et l'entreposeur-intimé est responsable de la perte réellement subie par la cliente-appellante.

Le sens ordinaire du mot «perte» qui se trouve à l'art. 14 est la perte réelle et non une quantité calculée selon une formule convenue entre les parties. L'énoncé de l'appellante «qu'une clause qui prétend réduire, amoindrir, diminuer ou restreindre le niveau de soin et la responsabilité en résultant établis par l'art. 14 est nulle en vertu de l'alinéa 3(4)a)» doit être accepté parce que valable en droit, sauf quant à la restriction portant sur le niveau de soin, qu'il n'est pas nécessaire de déterminer, vu l'effet combiné de l'al. 3(4)a) et de l'art. 14.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹, accueillant un appel interjeté d'une décision du juge Verchere. Pourvoi rejeté, le juge Estey étant dissident.

¹ [1978] 1 W.W.R. 648.

David F. McEwen, for the plaintiff, appellant.

Harvey J. Grey, Q.C., for the defendant, respondent.

The judgment of Martland, Pigeon, Dickson and McIntyre JJ. was delivered by

MCINTYRE J.—This is an appeal from the Court of Appeal for British Columbia which allowed an appeal from the Supreme Court of that province and confirmed the validity of a clause in a storage contract which limited the liability of the warehouseman bailee of goods damaged by fire while in storage. Liability for the loss was admitted by the defendant, now respondent, and the only matter argued before us was the quantum of damages. The case was argued upon an agreed statement of facts the essentials of which may be briefly stated. The respondent is a warehouseman as defined in s. 2 of the *Warehouse Receipts Act*, R.S.B.C. 1960, c. 404. The appellant stored with the respondent 230 crates of plywood for which it agreed to pay a monthly storage charge. The storage contract was evidenced by three warehouse receipts covering 230 crates. Upon the reverse side of each receipt under the heading STANDARD CONTRACT TERMS AND CONDITIONS there appeared various provisions of which s. 11(f) reproduced below is in issue here:

(f) The liability of the warehouseman arising from legal responsibility shall be limited to the actual value of the loss or damage of the stored goods and in no case shall the liability exceed \$50.00 on any one package or stored unit unless the storer, at or prior to the time the goods are placed in storage had declared in writing a value in excess of \$50.00 on such package or stored unit and has paid or agreed to pay a charge additional to the base storage rate to cover the excess valuation. When the value has changed after such declaration it will be incumbent on the storer to declare the new value to obtain any revision of charges. In no event shall the valuation exceed value of the merchandise.

In the agreed statement of facts, the following appears:

David F. McEwen, pour la demanderesse, appelante.

Harvey J. Grey, c.r., pour la défenderesse, intimée.

Le jugement des juges Martland, Pigeon, Dickson et McIntyre a été rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Il s'agit d'un pourvoi interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a accueilli un appel d'un jugement de la Cour suprême de cette province et confirmé la validité d'une clause d'un contrat d'entreposage qui limitait la responsabilité de l'entreposeur dépositaire de marchandises endommagées par le feu pendant l'entreposage. La défenderesse, maintenant intimée, a reconnu sa responsabilité à l'égard de la perte, et la seule question à trancher est celle du quantum des dommages. L'affaire s'est plaidée sur la base d'un exposé conjoint des faits dont il convient de mentionner brièvement les plus importants. L'intimée est un entreposeur au sens de l'art. 2 de la *Warehouse Receipts Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 404. L'appelante a entreposé chez l'intimée 230 paquets de contreplaqué pour lesquels elle a convenu de payer des frais mensuels d'entreposage. La preuve du contrat d'entreposage a été établie par trois récépissés d'entrepôt pour 230 paquets. A l'endos de chaque récépissé on trouve diverses dispositions sous le titre [TRADUCTION] CONDITIONS DU CONTRAT-TYPE, dont l'al. 11f) reproduit ci-dessous est en litige ici:

[TRADUCTION] f) La responsabilité de l'entreposeur découlant de son obligation légale est limitée à la valeur réelle des marchandises entreposées détruites ou endommagées et en aucun cas ne doit excéder \$50 pour un colis ou une unité entreposée à moins que le déposant, au moment où les marchandises sont entreposées ou avant, n'ait déclaré par écrit une valeur supérieure à \$50 pour ce colis ou cette unité entreposée et n'ait payé ou convenu de payer une surcharge au tarif d'entreposage de base pour couvrir l'évaluation excédentaire. Lorsque la valeur a changé après cette déclaration, il incombe au déposant de déclarer la nouvelle valeur pour faire réviser les frais. En aucun cas l'évaluation ne doit excéder la valeur des marchandises.

Dans l'exposé conjoint des faits, on lit ce qui suit:

11. There was no discussion or correspondence between the Plaintiff and the Defendant prior to the issuing of the said warehouse receipts as to the terms or conditions of the storage, except as described in paragraphs 3 and 4 herein. The Plaintiff, however, was accustomed to storing crates of plywood in warehouses operated by warehousemen as defined in Section 2 of the said Warehouse Receipts Act and in the case of each storage the Plaintiff was issued a warehouse receipt by the particular warehouse containing clauses limiting the liability of the warehousemen arising from legal responsibility to a certain sum per package or stored unit and the Plaintiff knew that the normal limitation was \$50.00 per stored unit or package. The Plaintiff contemplated that warehouse receipts covering the storage of the said 230 crates of plywood would be issued which would contain limitations on the liability of the Defendant and particularly a limit with respect to each package or stored unit based on a maximum value of each package.

12. The Plaintiff did not at or prior to the time the goods (230 crates of plywood) were placed in storage declare in writing a value in excess of \$50.00 on each package or stored unit of plywood (230 crates) and has not paid or agreed to pay a charge additional to the base storage rate to cover the excess valuation.

The trial judge found, and in this he was supported by the Court of Appeal, that cl. 11(f) formed part of the storage contract. I am in agreement with that finding.

Certain provisions of the *Warehouse Receipts Act* of British Columbia, R.S.B.C. 1960, c. 404, are of importance here, particularly ss. 3 and 14 which are reproduced hereunder:

3. (1) A receipt shall contain the following particulars:

- (a) The location of the warehouse or other place where the goods are stored;
- (b) The name of the person by whom or on whose behalf the goods are deposited;
- (c) The date of issue of the receipt;
- (d) A statement either
 - (i) that the goods received will be delivered to the person by whom or on whose behalf the goods are deposited, or to another named person; or

[TRADUCTION] 11. Il n'y a eu, entre la demanderesse et la défenderesse, ni discussion ni échange de correspondance relativement aux conditions d'entreposage avant la délivrance des récépissés d'entrepôt en question, sauf ce qu'exposent les paragraphes 3 et 4. La demanderesse avait cependant l'habitude d'entreposer des paquets de contreplaqué dans des entrepôts exploités par des entreposeurs au sens de l'article 2 de ladite *Warehouse Receipts Act*, et, dans chaque cas, l'entrepôt en question délivrait à la demanderesse un récépissé d'entrepôt contenant des clauses limitant à un certain montant, par colis ou par unité entreposée, la responsabilité de l'entreposeur découlant de son obligation légale, et la demanderesse savait que la limite habituelle était de \$50 par colis ou unité entreposée. La demanderesse savait que des récépissés d'entrepôt seraient délivrés pour les 230 paquets de contreplaqué en question et qu'ils fixeraient une limite à la responsabilité de la défenderesse, notamment une limite pour chaque colis ou unité entreposée, basée sur une valeur maximale pour chaque colis.

12. La demanderesse n'a pas déclaré par écrit, au moment où les marchandises (230 paquets de contreplaqué) ont été entreposées ou avant qu'elles ne le soient, une valeur supérieure à \$50 pour chaque colis ou unité entreposée de contreplaqué (230 paquets) et n'a ni payé ni convenu de payer une surcharge au tarif d'entreposage de base pour couvrir l'évaluation excédentaire.

Le juge de première instance a statué que la cl. 11(f) faisait partie du contrat d'entreposage, et la Cour d'appel a confirmé sa décision sur ce point. Je partage cette conclusion.

Certaines dispositions de la *Warehouse Receipts Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1960, chap. 404, sont importantes ici, en particulier les art. 3 et 14 reproduits ci-dessous:

[TRADUCTION] 3. (1) Un récépissé doit contenir les mentions suivantes:

- a) l'emplacement de l'entrepôt ou de tout autre lieu où les marchandises sont entreposées;
- b) le nom de la personne qui a déposé les marchandises ou pour le compte de laquelle elles ont été déposées;
- c) la date de délivrance du récépissé;
- d) une déclaration indiquant
 - (i) soit que les marchandises reçues seront livrées à la personne qui les a déposées ou pour le compte de qui elles ont été déposées ou à une autre personne nommément désignée;

(ii) that the goods will be delivered to bearer or to the order of a named person;

(e) The rate of storage charges;

(f) A description of the goods or of the packages containing them;

(g) The signature of the warehouseman or his authorized agent; and

(h) A statement of the amount of any advance made and of any liability incurred for which the warehouseman claims a lien.

(2) Where a warehouseman omits from a negotiable receipt any of the particulars set forth in subsection (1) he shall be liable for damage caused by the omission.

(3) No receipt shall by reason of the omission of any of the particulars set forth in subsection (1) be deemed not to be a warehouse receipt.

(4) A warehouseman may insert in a receipt issued by him any other term or condition that

(a) is not contrary to any provision of this Act; and

(b) does not impair his obligation to exercise such care and diligence in regard to the goods as a careful and vigilant owner of similar goods would exercise in the custody of them in similar circumstances.

14. A warehouseman is liable for loss of or injury to goods caused by his failure to exercise such care and diligence in regard to them as a careful and vigilant owner of similar goods would exercise in the custody of them in similar circumstances.

The 230 crates of plywood were received by the respondent and stored in its warehouse. Some of the bundles were stored less than a foot from the heating coil of an electric radiant heater on one wall of the building. The warehouse had no sprinkler system and no night watchman. On the night of June 14, 1974, a fire broke out in the plywood while the warehouse was locked and unattended. The fire department on arrival found the switches controlling the radiant heaters were turned on and the heaters were glowing red hot and the plywood adjacent to the heaters was burning. It was conceded that the switches were negligently turned on by employees of the respondent.

(ii) soit que les marchandises seront livrées au porteur ou à l'ordre d'une personne nommément désignée;

e) le tarif des frais d'entreposage;

f) une description des marchandises ou des emballages les renfermant;

g) la signature de l'entreposeur ou de son représentant autorisé; et

h) une déclaration du montant de toute avance faite et de toute obligation assumée en raison desquelles l'entreposeur revendique un droit de rétention.

(2) Lorsqu'un entreposeur omet de faire dans un récépissé négociable l'une des mentions énoncées au paragraphe (1), il répond du préjudice qui en résulte.

(3) L'omission de l'une des mentions énoncées au paragraphe (1) n'enlève pas à un récépissé sa qualité de récépissé d'entrepôt.

(4) Un entreposeur peut insérer dans un récépissé qu'il délivre toute autre clause ou condition

a) qui n'est pas contraire à une disposition de la présente loi, et

b) qui ne restreint pas l'obligation qu'il a d'apporter à l'égard des marchandises le même soin et la même diligence qu'apporterait à leur garde le propriétaire soigneux et vigilant de marchandises semblables en de pareilles circonstances.

14. Un entreposeur est responsable de la perte des marchandises et des dommages qu'elles subissent du fait qu'il n'a pas apporté aux marchandises le soin et la diligence qu'apporterait à leur garde le propriétaire soigneux et vigilant de marchandises semblables en de pareilles circonstances.

L'intimée a reçu les 230 paquets de contreplaqué et les a entreposés dans son entrepôt. Certains paquets ont été entreposés à moins d'un pied de l'élément chauffant d'un appareil électrique à surface radiante placé sur un mur de l'entrepôt. L'entrepôt n'avait ni système de gicleurs ni gardien de nuit. Dans la nuit du 14 juin 1974, le contreplaqué a pris feu pendant que l'entrepôt était fermé à clé et sans surveillance. A leur arrivée, les pompiers ont constaté que les commutateurs contrôlant les appareils de chauffage étaient en position de marche, que les éléments chauffants étaient au rouge et que le contreplaqué adjacent brûlait. Il a été reconnu que les employés de l'intimée ont négligemment mis les commutateurs en position de marche.

At trial and on the appeal, three issues were canvassed. The appellants argues that cl. 11(f) of the warehouse receipt was not a part of the contract of storage; that if it did apply it was void because of s. 3(4)(b) of the *Warehouse Receipts Act*; and that the conduct of the respondent in storing the plywood in a dangerous manner amounted to a fundamental breach of the contract and thus enabled the appellant to sue for and recover actual loss without being bound by the limitation of liability. While the trial judge found for the respondent on the first issue, he considered that cl. 11(f) did impair the obligation of the warehouseman to use care contrary to s. 3(4)(b) of the *Warehouse Receipts Act* and that the negligence of the respondent amounted to a fundamental breach of the contract. The value of the plywood prior to the fire was agreed to be in excess of \$100,000 and at trial the plaintiff was awarded, after an allowance of some \$25,000 recovered for salvage and certain other additional amounts for cartage and storage costs, the sum of \$83,791.34 with interest at 8 $\frac{3}{4}$ per cent per annum from June 14, 1974.

The Court of Appeal allowed the respondent's appeal holding that cl. 11(f) forming part of the storage contract did not impair the obligation of the warehouseman to exercise the standard of care required by the statute and that the negligence of the warehouseman, while certainly a breach of the contract entitling the appellant to damages, was not a fundamental breach which would deprive the respondent of the limitation of liability provided in cl. 11(f). The damages were accordingly reduced to \$11,500 with interest under the *Prejudgment Interest Act* of \$1,100.

In the appellant's factum filed in this Court only one point was raised. It was set out in these words:

It is respectfully submitted that the Court of Appeal for British Columbia erred in holding that clause 11(f) of the warehouse receipts purporting to limit the liability of the Respondent for loss to \$50.00 per package was applicable, and by failing to hold that the clause had no legal effect as it was in contravention of Section 3(4)(b) of the Warehouse Receipts Act, R.S.B.C. 1960, Chapter 404.

En première instance et en appel, trois questions ont été examinées. L'appelante a soutenu que la cl. 11f) du récépissé d'entrepôt ne faisait pas partie du contrat d'entreposage; que si cette clause s'appliquait, l'al. 3(4)b) de la *Warehouse Receipts Act* la rendait nulle; et que la conduite de l'intimée qui a entreposé le contreplaqué dans des conditions dangereuses constituait une violation fondamentale du contrat et autorisait en conséquence l'appelante à poursuivre pour la perte réelle et à la recouvrer sans être liée par la limitation de responsabilité. Quoique le juge du procès ait conclu en faveur de l'intimée sur le premier point, il a considéré que la clause 11f) contrairement à l'al. 3(4)b) de la *Warehouse Receipts Act*, restreignait l'obligation de l'entreposeur d'agir avec soin et que la négligence de l'intimée constituait une violation fondamentale du contrat. On s'est entendu pour fixer à plus de \$100,000 la valeur du contreplaqué avant l'incendie, et au procès, après déduction de quelque \$25,000 pour la récupération et l'addition de certains montants pour frais de transport et d'entreposage, la demanderesse s'est vu accorder la somme de \$83,791.34 avec intérêt annuel de 8 $\frac{3}{4}$ pour cent à partir du 14 juin 1974.

La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'intimée, statuant que la cl. 11f) faisant partie du contrat d'entreposage ne restreignait pas l'obligation de l'entreposeur d'apporter le soin exigé par la loi et que la négligence de l'entreposeur, quoique certainement une violation du contrat donnant à l'appelante droit à des dommages-intérêts, ne constituait pas une violation fondamentale qui privait l'intimée de la limitation de responsabilité prévue à la cl. 11f). Les dommages ont en conséquence été réduits à \$11,500 avec intérêts de \$1,100 en vertu de la *Prejudgment Interest Act*.

Un seul point est soulevé dans le factum de l'appelante en cette Cour. En voici le texte:

[TRADUCTION] L'appelante soutient que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est trompée en statuant que la clause 11f) des récépissés d'entrepôt qui prétend limiter la responsabilité de l'intimée en cas de perte à \$50 par colis était applicable, et en ne statuant pas que cette clause n'avait aucun effet légal parce qu'elle est contraire à l'alinéa 3(4)b) de la Warehouse Receipts Act, R.S.B.C. 1960, chapitre 404.

In later paragraphs the factum raised the argument that a provision such as cl. 11(f) of the receipt was contrary to s. 14 of the Act and would therefore be excluded by s. 3(4)(a). In my opinion, this argument cannot be given effect. I agree on this point with the finding of the trial judge who considered that a limitation of liability such as that imposed by cl. 11(f) was not contrary to s. 14. In his reasons he said:

In its turn, s. 14 imposes on the warehouseman liability for "loss of or injury to goods" without reference to their actual value or to any limitation of liability to a stated sum unless the storer has agreed to pay a higher than basic charge. In my view, however, there is no apparent difference between the "actual value of the loss or damage to the stored goods" (see clause 11(f)) and "loss of or injury to goods" (see s. 14); and insofar as the limitation of liability to the actual value of the goods and presumably, therefore, the negation of extended liability for some such thing as loss of use, for example, are concerned, it seems to me that the clause merely states emphatically what is implied by the words of the section. Further, it is to be noted that the section does not expressly or by implication prohibit the warehouseman and the storer from agreeing in advance on the highest value to be placed on the goods if they should become a total loss. Such an agreement (and, in my view, that clause fixing the value of each package at a maximum of \$50.00 in the absence of a declaration to the contrary is such an agreement) cannot therefore be looked upon as contrary to any of the provisions of the Act.

As I have said, I accept his reasoning and reject the suggestion that cl. 11(f), which does no more than establish by agreement the maximum amount of damage, is repugnant to s. 14 or otherwise contrary to any provision of the Act.

I now turn to the principal submission raised in the appellant's factum and stated above. Dealing with the first part of this proposition, I have no difficulty in concluding, as did both the trial and appeal Courts, that cl. 11(f) formed a part of the contract and that no declaration of higher value had been made by the appellant at any time. In the face of paras. 11 and 12 of the statement of facts agreed upon by the parties, I find it impossible to

Dans des paragraphes subséquents, le factum soulève l'argument qu'une disposition comme la cl. 11f) du récépissé est contraire à l'art. 14 de la Loi et est donc exclue par l'al. 3(4)a). A mon avis cet argument n'est pas fondé. Je partage sur ce point la conclusion du juge de première instance qui a décidé qu'une limitation de responsabilité comme celle qu'impose la cl. 11f) n'est pas contraire à l'art. 14. Dans ses motifs, il a dit:

[TRADUCTION] L'article 14 impose à son tour à l'entreposeur une responsabilité pour «la perte des marchandises et [les] dommages qu'elles subissent» sans mention de leur valeur réelle ou d'une limitation de responsabilité à une somme donnée à moins que le déposant n'ait convenu de payer des frais plus élevés que le tarif de base. A mon avis cependant, il n'y a pas de différence évidente entre la «valeur réelle des marchandises entreposées détruites ou endommagées» (voir la clause 11f)) et «la perte des marchandises et [les] dommages qu'elles subissent» (voir l'article 14); et en ce qui concerne la limitation de responsabilité à la valeur réelle des marchandises et, en conséquence, il faut le présumer, la négation d'une responsabilité accrue pour quelque chose comme la perte de jouissance, par exemple, il me semble que la clause ne fait qu'énoncer positivement ce que les termes de cet article impliquent. De plus, il faut noter que cet article n'interdit ni expressément ni implicitement à l'entreposeur et au déposant de convenir d'avance de la valeur maximale à accorder aux marchandises si elles devaient être totalement détruites. Pareille entente (et, à mon avis, la clause qui fixe à un maximum de \$50 la valeur de chaque colis en l'absence d'une déclaration contraire constitue une entente de cette nature) ne peut donc être considérée comme contraire à une disposition de la Loi.

Comme je l'ai dit, j'accepte son raisonnement et rejette l'idée que la cl. 11f), qui n'est rien de plus qu'une entente fixant le montant maximal des dommages, est incompatible avec l'art. 14 ou contraire par ailleurs à une disposition de la Loi.

Passons maintenant à l'argument principal soulevé dans le factum de l'appelante et énoncé plus haut. Quant à la première partie de cette proposition, je n'ai aucune difficulté à conclure, comme l'ont fait la Cour de première instance et la Cour d'appel, que la cl. 11f) fait partie du contrat et que l'appelante n'a jamais déclaré une valeur plus élevée. Compte tenu des par. 11 et 12 de l'exposé conjoint des faits, il m'est impossible d'en arriver à

reach any other conclusion. On this point, I am in full agreement with McFarlane J.A. who said for the Court of Appeal:

I am, however, of the opinion that, as I have indicated, the question whether the warehouse receipts form part of the contract is in this case a question of fact to be determined on the material before us. I have no hesitation in inferring from those facts to which I have adverted briefly that assessing the intention of the parties on the basis of that evidence the contents of the warehouse receipts do form part of the contract.

The second branch of the argument which asserted that cl. 11(f) had no legal effect because it contravened s. 3(4)(b) of the *Warehouse Receipts Act* must also, in my view, fail. It is my opinion that the limitation of liability provided for and agreed upon in cl. 11(f) of the receipt did not impair the duty to exercise care.

Section 3 of the *Warehouse Receipts Act*, R.S.B.C. 1960, c. 404, deals with the contents of the warehouse receipt. Subsection (1) lists the matters which must be included. Subsections (2) and (3) need not concern us here. It is upon the effect of subs. (4) that the argument in this case turns. Subsection (4) permits the inclusion in a warehouse receipt of any term or condition not contrary to any provision of the Act and which does not impair the obligation established in s. 14 of the Act to exercise such care and diligence in regard to the goods in storage as a careful and vigilant owner of similar goods would exercise in the custody of them in similar circumstances.

It was contended that the limitation of liability for loss would engender carelessness on the part of the warehouseman. This, it was said, would impair the obligation to exercise care because the result of a failure to do so would be less injurious to the warehouseman. Reference was made in argument to various American authorities dealing with the American Constitutional Prohibition in Article 10 against the passing by states of laws impairing the obligation of contracts. It was sought by analogy to apply these cases to the situation which confronts us in the case at bar but, in my opinion, they have no application to our problem which concerns a statutory obligation to take care rather than a

une autre conclusion. Sur ce point, je suis entièrement d'accord avec le juge McFarlane qui, parlant au nom de la Cour d'appel, a dit:

[TRADUCTION] Je suis cependant d'avis, comme je l'ai indiqué, que la question de savoir si les récépissés d'entrepôt font partie du contrat est en l'espèce une question de fait qu'il faut trancher à partir de la preuve qui nous est soumise. Je n'ai aucune hésitation à conclure à partir des faits auxquels j'ai fait allusion brièvement, que d'après l'intention des parties au regard de cette preuve, le contenu des récépissés d'entrepôt fait bien partie du contrat.

Le second volet de l'argument selon lequel la cl. 11f) n'a pas d'effet légal parce que contraire à l'alinéa 3(4)b) de la *Warehouse Receipts Act* doit aussi, à mon avis, échouer. Je suis d'avis que la limitation de responsabilité prévue et convenue à la cl. 11f) du récépissé ne restreignait pas l'obligation d'agir avec soin.

L'article 3 de la *Warehouse Receipts Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 404, traite de la teneur du récépissé d'entrepôt. Le paragraphe (1) énumère les mentions qui doivent être incluses. Il n'est pas nécessaire de nous attarder aux par. (2) et (3) en l'espèce. L'argument porte ici sur l'effet du par. (4). Le par. (4) permet d'inclure dans le récépissé d'entrepôt toute clause ou condition qui n'est pas contraire à une disposition de la Loi et qui ne restreint pas l'obligation créée par l'art. 14 de la Loi d'apporter aux marchandises entreposées le soin et la diligence qu'apporterait à leur garde un propriétaire soigneux et vigilant de marchandises semblables en de pareilles circonstances.

On a soutenu que limiter la responsabilité en cas de perte serait source d'incurie de la part de l'entrepouseur. Cela, a-t-on dit, restreindrait l'obligation d'agir avec soin parce que l'incurie aurait pour l'entrepouseur des conséquences moins fâcheuses. Dans la plaidoirie, on a fait référence à diverses décisions américaines traitant de l'interdiction constitutionnelle faite aux États dans l'Article 10 d'adopter des lois qui restreignent les obligations contractuelles. On a cherché à appliquer par analogie ces décisions à la situation en l'espèce, mais à mon avis, elles ne s'appliquent pas à notre problème qui concerne une obligation imposée par la loi d'agir avec soin plutôt qu'une interdiction constitu-

constitutional prohibition against impairing contractual obligations.

American authorities construing similar statutory provisions have generally but not always considered that a clause limiting liability in the event of loss did not by itself impair the obligation to take care. This may be of some interest because s. 3 of the British Columbia *Warehouse Receipts Act* derives from American sources. The American *Uniform Warehouse Receipts Act*, the text of which may be found in *Williston on Contracts*, rev. ed., vol. 4, 1936, and which was adopted as law in several states, provides in s. 3 at p. 2926:

Section 3.—[FORM OF RECEIPTS. WHAT TERMS MAY BE INSERTED.] A warehouseman may insert in a receipt, issued by him, any other terms and conditions, provided that such terms and conditions shall not—

(a) Be contrary to the provisions of this act,

(b) In any way impair his obligation to exercise that degree of care in the safekeeping of the goods entrusted to him which a reasonably careful man would exercise in regard to similar goods of his own.

At p. 2927, the author said:

There is a conflict of authority as to whether subdivision (b), above, prohibits a warehouseman from limiting his liability for damage to, or loss of, the goods to a specified sum unless a higher value is declared and an increased charge paid. The better view supports such a limitation if the requisites for the formation of a contract are satisfied.

The American *Uniform Act* was replaced by the *Uniform Commercial Code* in 1952 and amended in 1958. The text of art. 7-204 (2) dealing with this question is to be found in vol. 2A, *Uniform Commercial Code*, (ULA), Master Edition, p. 353, in these terms:

7-204 Duty of Care; Contractual Limitation of Warehouseman's Liability

(2) Damages may be limited by a term in the warehouse receipt or storage agreement limiting the amount

tionnelle de restreindre les obligations contractuelles.

Les décisions américaines qui ont interprété des dispositions législatives semblables ont habituellement, quoique pas toujours, considéré qu'en soi, une clause limitant la responsabilité en cas de perte ne restreignait pas l'obligation d'agir avec soin. Cela peut présenter un certain intérêt vu que l'art. 3 de la *Warehouse Receipts Act* de la Colombie-Britannique vient de sources américaines. La *Uniform Warehouse Receipts Act* américaine, dont le texte se trouve dans *Williston on Contracts*, éd. rév., vol. 4, 1936, et qui a été incorporée au droit de plusieurs États, prévoit ce qui suit à son art. 3 (p. 2926):

[TRADUCTION] Article 3.—[FORME DES RÉCÉPISSÉS. CLAUSES QUI PEUVENT ÊTRE INSÉRÉES.] Un entreposeur peut insérer dans un récépissé qu'il délivre toutes autres clauses et conditions qui—

a) ne sont pas contraires aux dispositions de la présente loi,

b) ne restreignent d'aucune façon son obligation d'apporter à la garde des marchandises qui lui sont confiées le niveau de soin qu'une personne raisonnablement soigneuse apporterait à la garde de marchandises semblables lui appartenant.

Puis l'auteur dit ceci à la p. 2927:

[TRADUCTION] Il y a un conflit dans la jurisprudence sur la question de savoir si l'alinéa b) ci-dessus interdit à un entreposeur de limiter sa responsabilité pour dommages aux marchandises ou pour leur perte, à une somme spécifiée, à moins qu'une valeur plus élevée ne soit déclarée et des frais additionnels payés. L'interprétation la plus juste appuie pareille limitation si les éléments requis pour la formation d'un contrat sont présents.

La *Uniform Act* américaine a été remplacée par le *Uniform Commercial Code* en 1952, modifié en 1958. Le texte de l'art. 7-204(2) qui traite de cette question se trouve dans le vol. 2A, *Uniform Commercial Code*, (ULA), Édition originale, p. 353, en ces termes:

[TRADUCTION] 7-204 Obligation d'agir avec soin; Limitation contractuelle de la responsabilité de l'entreposeur

(2) Les dommages-intérêts peuvent être limités par une clause du récépissé d'entrepôt ou du contrat d'entre-

of liability in case of loss or damage, and setting forth a specific liability per article or item, or value per unit of weight, beyond which the warehouseman shall not be liable; provided, however, that such liability may on written request of the bailor at the time of signing such storage agreement or within a reasonable time after receipt of the warehouse receipt be increased on part or all of the goods thereunder, in which event increased rates may be charged based on such increased valuation, but that no such increase shall be permitted contrary to a lawful limitation of liability contained in the warehouseman's tariff, if any. No such limitation is effective with respect to the warehouseman's liability for conversion to his own use.

This section has also been accepted as law in many states. It is evident, as noted at p. 354 of the above-cited text, that it was intended to resolve the problem by legislation.

There is a paucity of Canadian authority but, in my view, it is not necessary to approach the question in the manner adopted in the American courts. It is clear, in my opinion, that a contractual limitation of liability does not impair the obligation to take care declared in s. 14 of the Act. That obligation is statutory and not subject to modification by private contract. Even if a limitation of liability did have the effect of inducing carelessness on the part of the warehouseman it would not impair the obligation. It might very well impair performance but the obligation remains untouched and in the event of loss whatever the consequential damage the responsibility of the warehouseman must depend upon whether or not he met the obligation fixed upon him in s. 14.

The combined effect of subs. (4) of s. 3 and s. 14 is, in my opinion, merely to provide that the parties to a storage contract coming within the provisions of the *Warehouse Receipts Act* may not by private contract stipulate for some other and possibly lower standard of care thereby relieving the warehouseman of his statutory duty. I agree

posage limitant l'étendue de la responsabilité en cas de perte ou de dommages et fixant une responsabilité spécifique par article ou colis ou une valeur par unité de poids au-delà de laquelle l'entreposeur n'est pas responsable; cependant, cette responsabilité peut, sur demande écrite du déposant au moment de la signature de ce contrat d'entreposage ou dans un délai raisonnable après la réception du récépissé d'entrepôt, être augmentée à l'égard de la totalité ou d'une partie des marchandises visées, auquel cas des taux additionnels basés sur cette valeur augmentée peuvent être exigés, mais aucune augmentation de cette nature ne sera autorisée en contrevenant d'une limitation légale de responsabilité contenue dans le tarif de l'entreposeur, s'il en est. Aucune limitation de cette nature n'est valable quant à la responsabilité de l'entreposeur s'il s'approprie illégalement de la marchandise pour son propre usage.

Cet article a aussi été incorporé au droit de plusieurs États. Il est évident, comme il a été noté à la p. 354 du texte cité plus haut, que l'on entendait ainsi résoudre le problème par voie législative.

Il n'y a que peu de jurisprudence canadienne sur le sujet mais, à mon avis, il n'est pas nécessaire d'aborder la question comme l'ont fait les tribunaux américains. Il est clair, à mon avis, qu'une limitation contractuelle de responsabilité ne restreint pas l'obligation d'agir avec soin énoncée à l'art. 14 de la Loi. Cette obligation est imposée par la loi et n'est pas susceptible de modification par un contrat privé. Même si une limitation de responsabilité avait réellement pour effet d'encourager l'incurie de l'entreposeur, elle ne restreindrait pas l'obligation. Il se peut fort bien qu'elle ait des répercussions sur l'exécution de l'obligation, mais celle-ci demeure inchangée et, en cas de perte, quel que soit le dommage qui en résulte, c'est le respect ou le non-respect de l'obligation que l'art. 14 impose à l'entreposeur qui déterminera sa responsabilité.

L'effet conjugué du par. 3(4) et de l'art. 14, à mon avis, est simplement de prévoir que les parties à un contrat d'entreposage soumis aux dispositions de la *Warehouse Receipts Act* ne peuvent pas, par contrat privé, convenir d'un niveau de soin différent et peut-être inférieur, soustrayant en conséquence l'entreposeur à l'obligation que lui impose

with the approach of McFarlane J.A. in the Court of Appeal when he said:

I look at the language of the statute itself, and I point out that it does not speak of impairing the liability or responsibility to pay damages for the failure to exercise care and diligence. It speaks of impairing the obligation to exercise care and the degree of care is set out in the statute. In my opinion, what this statute says is that a provision which impairs the obligation may not be included in a receipt. Now it is said that a clause limiting liability for breach may be such that it would incline the warehouseman to act carelessly and not take the care required by the statute with respect to the goods. It is said it follows from that that the obligation is thereby impaired. I do not agree. I think the impairment spoken of here is an impairment of the degree and nature of the care and diligence referred to in the section, and I am firmly of the opinion that a clause limiting the liability of a warehouseman to fifty dollars per package in the case of this plywood is not one which impairs that obligation.

I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

ESTEY J. (*dissenting*)—I have had the opportunity of reading the reasons of McIntyre J. but with the greatest respect I reach a different result on the interpretation of the applicable statutory provisions. The issue here relates only to damages, the respondent-defendant admitting its liability for the loss or damage to the appellant-plaintiff's goods. The damages actually suffered by the appellant amounted to \$83,791.34 and the amount of damages owing in the event the limitation of liability provisions in the contract apply amount to \$11,500. The accuracy of these amounts is not the subject of any difference between the parties. There is also no disagreement as to the contractual terms excepting only the application of a condition on the back of the receipt form, s. 11(f). All the Courts below have found that as a matter of fact this provision is a term of the contract between the parties and subject to its effect in law, I respectfully agree.

The question as to whether the warehouseman may limit his liability in damages, as s. 11(f) of

la loi. Je partage l'opinion du juge McFarlane de la Cour d'appel lorsqu'il dit:

[TRADUCTION] J'examine les termes de la loi elle-même, et je constate qu'elle ne parle pas de restreindre la responsabilité ou l'obligation de payer des dommages-intérêts pour le défaut d'apporter le soin et la diligence nécessaires. Elle parle de restriction de l'obligation d'apporter le soin et énonce le niveau de soin. A mon avis, ce que dit la loi c'est qu'un récépissé ne peut contenir de disposition qui restreint l'obligation. On dit qu'une clause qui limite la responsabilité en cas d'inexécution peut être telle qu'elle inciterait l'entreposeur à agir avec incurie et à ne pas apporter aux marchandises le soin exigé par la loi. On dit qu'en conséquence l'obligation est restreinte. Je ne suis pas d'accord. Je crois que la restriction dont il est question se rapporte au degré et à la nature du soin et de la diligence que l'article prévoit, et je suis fermement d'avis qu'une clause qui limite la responsabilité de l'entreposeur à cinquante dollars par colis dans le cas de ce contreplaqué n'en est pas une qui restreint cette obligation.

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

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ESTEY (*dissident*)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge McIntyre mais, avec respect, j'arrive à un résultat différent quant à l'interprétation des dispositions législatives applicables. Le litige en espèce ne concerne que les dommages-intérêts, l'intimée-défenderesse reconnaissant sa responsabilité pour la perte des marchandises de l'appelante-demanderesse ou les dommages qu'elles ont subis. Les dommages réellement subis par l'appelante s'élèvent à \$83,791.34 et les dommages-intérêts dus, dans l'hypothèse où les dispositions limitatives de responsabilité du contrat s'appliquent, s'élèvent à \$11,500. Les parties s'entendent sur l'exactitude de ces montants. Il n'y a pas de désaccord non plus quant aux clauses du contrat, sauf quant à l'application d'une condition au verso de la formule du récépissé, la clause 11f). Toutes les Cours d'instance inférieure ont décidé que cette disposition constitue en fait une modalité du contrat intervenu entre les parties et, sous réserve de son effet en droit, je suis respectueusement d'accord avec ce point de vue.

Pour répondre à la question de savoir si l'entreposeur peut limiter sa responsabilité en dommages-

the contractual conditions purports to do, must be answered by the interpretation of s. 3(4) and s. 14 of the *Warehouse Receipts Act*, R.S.B.C. 1960, c. 404, which provide as follows:

3(4). A warehouseman may insert in a receipt issued by him any other term or condition that

(a) is not contrary to any provision of this Act; and

(b) does not impair his obligation to exercise such care and diligence in regard to the goods as a careful and vigilant owner of similar goods would exercise in the custody of them in similar circumstances.

14. A warehouseman is liable for loss of or injury to goods caused by his failure to exercise such care and diligence in regard to them as a careful and vigilant owner of similar goods would exercise in the custody of them in similar circumstances.

Much of the argument in this Court centered on the meaning of s. 3(4)(b) and in particular whether condition 11(f) of the contract in law was an impairment of the respondent's 'obligations' and hence contrary to s. 3(4)(b). The Court of Appeal, differing with the view taken by the learned trial judge, found that s. 3(4)(b) was not offended by the limitation clause in the contract. By stating that s. 3(4)(b) "does not speak of impairing the liability or responsibility to pay damages for the failure to exercise care and diligence" (McFarlane J.A., speaking for the Court of Appeal), the Court of Appeal appears to have concluded that s. 11(f) did in fact and in law do so. The learned Justice of Appeal went on to state:

It speaks of impairing the obligation to exercise care and the degree of care is set out in the statute. In my opinion, what this statute says is that a provision which impairs the obligation may not be included in a receipt I think the impairment spoken of here is an impairment of the degree and nature of the care and diligence referred to in the section, and I am firmly of the opinion that a clause limiting the liability of a warehouseman to \$50.00 per package in the case of this plywood is not one which impairs that obligation.

I find it unnecessary to deal with the effect of subs. (b) of s. 3(4). Section 11(f) of the contract is, in my view, a contractual provision limiting the liability of the warehouseman to pay "for loss of or

intérêts, comme prétend le faire la clause 11f) des conditions du contrat, il faut interpréter le par. 3(4) et l'art. 14 de la *Warehouse Receipts Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 404, qui édictent ce qui suit:

[TRADUCTION] 3(4). Un entreposeur peut insérer dans un récépissé qu'il délivre toute autre clause ou condition

a) qui n'est pas contraire à une disposition de la présente loi, et

b) qui ne restreint pas l'obligation qu'il a d'apporter à l'égard des marchandises le même soin et la même diligence qu'apporterait à leur garde le propriétaire soigneux et vigilant de marchandises semblables en de pareilles circonstances.

14. Un entreposeur est responsable de la perte des marchandises et des dommages qu'elles subissent du fait qu'il n'a pas apporté aux marchandises le soin et la diligence qu'apporterait à leur garde le propriétaire soigneux et vigilant de marchandises semblables en de pareilles circonstances.

La plaidoirie devant cette Cour s'est en bonne partie concentrée sur le sens de l'al. 3(4)b) et en particulier sur la question de savoir si, en droit, la clause 11f) du contrat restreint les obligations de l'intimée et est en conséquence contraire à l'al. 3(4)b). Différant d'opinion avec le savant juge de première instance, la Cour d'appel a conclu que la clause limitative du contrat ne contrevient pas à l'al. 3(4)b). En disant que l'al. 3(4)b) [TRADUCTION] «ne parle pas de restreindre la responsabilité ou l'obligation de payer des dommages-intérêts pour le défaut d'apporter le soin et la diligence nécessaires» (le juge McFarlane, s'exprimant pour la Cour d'appel), la Cour d'appel paraît avoir conclu que c'était là l'effet de la clause 11f), en fait et en droit. Le savant juge a poursuivi ainsi:

[TRADUCTION] Elle parle de restriction de l'obligation d'apporter le soin et énonce le niveau de soin. A mon avis, ce que dit la loi c'est qu'un récépissé ne peut contenir de disposition qui restreint l'obligation. . . . Je crois que la restriction dont il est question se rapporte au degré et à la nature du soin et de la diligence que l'article prévoit, et je suis fermement d'avis qu'une clause qui limite la responsabilité de l'entreposeur à \$50.00 par colis dans le cas de ce contreplaqué n'en est pas une qui restreint cette obligation.

Je suis d'avis qu'il n'est pas nécessaire de traiter de l'effet de l'al. b) du par. 3(4). La clause 11f) du contrat constitue, à mon avis, une disposition contractuelle qui limite la responsabilité de l'entrepo-

injury to goods caused by his failure to exercise such care and diligence in regard to them as a careful and vigilant owner of similar goods would exercise in the custody of them in similar circumstance”, and is therefore contrary to the provisions of s. 14 set out above. This in turn brings into play s. 3(4)(a) which by its operation excludes s. 11(f) from the contract. As a result, the contract between the parties contains no limitation of liability and the respondent-warehouseman is responsible for the actual loss of the appellant-customer.

The plain meaning of the word “loss” as it appears in s. 14 is actual loss and not a quantity calculated by formula agreed upon between the parties.

The appellant in its factum states:

... that any clause which purported to reduce, lessen, diminish or impair the standard of care and the resultant liability contained in Section 14 would be void pursuant to Section 3(4)(a)

I accept this submission as sound in law except with the reference to the impairment of the standard of care which, as I have said, is not necessary to determine because of the combined effect of s. 3(4)(a) and s. 14.

The action taken in the United States in reviewing the legislation with reference to warehousemen’s liability is in itself revealing of the true underlying problem arising from the old uniform statute. The courts of the United States adopted a variety of approaches to the construction of the *Uniform Warehouse Receipts Act* as it existed prior to the early 1950s. Some courts found the limitation clause in the storage contract enforceable, others came to the opposite result. An illus-

seur de payer «la perte de marchandises et [les] dommages qu’elles subissent du fait qu’il n’a pas apporté aux marchandises le soin et la diligence qu’apporterait à leur garde le propriétaire soigneux et vigilant de marchandises semblables en de pareilles circonstances» elle est donc contraire aux dispositions de l’art. 14 reproduites plus haut. Cela fait alors jouer l’al. 3(4)a qui a pour effet d’exclure la clause 11f) du contrat. En conséquence, le contrat entre les parties ne contient aucune limitation de responsabilité et l’entreposeur-intimée est responsable de la perte réellement subie par la cliente-appelante.

Le sens ordinaire du mot «perte» qui se trouve à l’art. 14 est la perte réelle et non une quantité calculée selon une formule convenue entre les parties.

Dans son factum, l’appelante dit:

[TRADUCTION] . . . qu’une clause qui prétend réduire, amoindrir, diminuer ou restreindre le niveau de soin et la responsabilité en résultant établis par l’article 14 est nulle en vertu de l’alinéa 3(4)a . . .

Je considère cet énoncé valable en droit, sauf quant à la référence à la restriction portant sur le niveau de soin qu’il n’est pas nécessaire, comme je l’ai dit, de déterminer, vu l’effet combiné de l’al. 3(4)a) et de l’art. 14.

La révision de la législation américaine relative à la responsabilité de l’entrepoteur est en soi révélatrice du véritable problème sous-jacent à l’ancienne loi uniforme. Les tribunaux des États-Unis ont adopté plusieurs interprétations différentes de la *Uniform Warehouse Receipts Act* qui existait avant le début des années 50. Certains tribunaux ont jugé que la clause limitative du contrat d’entrepoteur était valable, d’autres sont arrivés au résultat contraire. Un exemple de ce dernier résul-

tration of the latter is found in *England v. Lyon Fireproof Storage Co.*² where a Court of Appeal in California concluded that where the warehouseman was aware that the value of the goods in fact exceeded the contract limit, the limitation clause could not be invoked against the bailor. The trend of authority in the United States however appears to be to the contrary.

Prior to 1952, the *Uniform Warehouse Receipts Act*, in effect in many states as well as the federal territories, contained provisions either identical to or essentially the same as s. 3(4)(a) and (b) and s. 14 of the British Columbia statute. The majority of the decisions, as I have said, appear to conclude that a contract term limiting the amount of damages in the event of negligence by the warehouseman was valid notwithstanding the provision of the Act comparable to the British Columbia statute s. 3(4)(b). The response to the uncertainty created by these conflicting decisions was the *Uniform Commercial Code Revision* commencing in 1952 (which was legislated in various states and federal territories in the late 1950s and early 1960s) which, however, does not amend s. 3(4)(b) but rather adds to s. 14 a right to limit by contract the liability of the warehouseman for loss resulting from his negligence. The clause added to our s. 14 reads:

(2) Damages may be limited by a term in the warehouse receipt or storage agreement limiting the amount of liability in case of loss or damage, and setting forth a specific liability per article or item, or value per unit of weight, beyond which the warehouseman shall not be liable; provided, however, that such liability may on written request of the bailor at the time of signing such storage agreement or within a reasonable time after receipt of the warehouse receipt be increased on part or all of the goods thereunder, in which event increased rates may be charged based on such increased valuation, but that no such increase shall be permitted contrary to a lawful limitation of liability contained in the warehouseman's tariff, if any. No such limitation is effective with respect to the warehouseman's liability for conversion to his own use.

² (1928), 271 P. 532.

tat est *England v. Lyon Fireproof Storage Co.*² où une cour d'appel de Californie a conclu que lorsque l'entreposeur savait que la valeur des marchandises dépassait en fait la limite fixée au contrat, la clause limitative ne pouvait être invoquée contre le déposant. La tendance de la jurisprudence américaine paraît cependant être en sens inverse.

Avant 1952, la *Uniform Warehouse Receipts Act*, en vigueur dans plusieurs États ainsi que dans les territoires fédéraux, contenait des dispositions parfaitement ou substantiellement identiques aux al. 3(4)a) et b) et à l'art. 14 de la loi de la Colombie-Britannique. Comme je l'ai dit, la plupart des décisions paraissent conclure qu'une clause contractuelle limitant le montant des dommages-intérêts en cas de négligence de l'entreposeur était valide nonobstant la disposition de la Loi correspondant à l'al. 3(4)b) de la loi de la Colombie-Britannique. En réponse à l'incertitude engendrée par ces décisions contradictoires, la *Uniform Commercial Code Revision* a été introduite en 1952 (et a été adoptée dans divers États et territoires fédéraux à la fin des années 50 et au début des années 60). Elle ne modifie pas, cependant, l'al. 3(4)b) mais ajoute plutôt à l'art. 14 le droit de limiter par contrat la responsabilité de l'entreposeur pour la perte résultant de sa négligence. La clause ajoutée à notre art. 14 se lit ainsi:

[TRADUCTION] (2) Les dommages-intérêts peuvent être limités par une clause du récépissé d'entrepôt ou du contrat d'entreposage limitant l'étendue de la responsabilité en cas de perte ou de dommages et fixant une responsabilité déterminée par article ou colis ou une valeur par unité de poids au-delà de laquelle l'entreposeur n'est pas responsable; cependant, cette responsabilité peut, sur demande écrite du déposant au moment de la signature de tel contrat d'entreposage ou dans un délai raisonnable après la réception du récépissé d'entrepôt, être augmentée à l'égard de la totalité ou d'une partie des marchandises visées, auquel cas des taux additionnels basés sur cette valeur augmentée peuvent être exigés, mais aucune augmentation de cette nature ne sera autorisée en contravention d'une limitation légale de responsabilité contenue dans le tarif de l'entreposeur, s'il en est. Aucune limitation de cette nature n'est valable quant à la responsabilité de l'entreposeur s'il s'approprie illégalement de la marchandise pour son propre usage.

² (1928), 271 P. 532.

Thus the inexorable interrelationship between s. 14, which establishes an unqualified liability in the warehouseman for "loss of or injury to goods" caused by the bailee's failure to exercise care and diligence, and s. 3(4)(a), which prohibits the inclusion in the storage contract of a term "contrary to any provision of the Act," is made subject to contractual variation by the parties. Thereby the result sought by the respondent here is brought about, but not by way of an enabling in variation of the prohibition contained in s. 3(4)(b), but by a softening of the stricture in s. 3(4)(a) by including in s. 14 a power to vary liability for loss by contract.

I therefore would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment at trial, with costs to the appellant throughout.

Appeal dismissed with costs, ESTEY J. dissenting.

Solicitors for the plaintiff, appellant: Ray, Wolfe & Co., Vancouver.

Solicitors for the defendant, respondent: Harper, Grey & Co., Vancouver.

Ainsi, la corrélation inexorable entre l'art. 14, qui impose une responsabilité absolue à l'entrepreneur pour [TRADUCTION] «la perte des marchandises et [les] dommages qu'elles subissent» résultant du défaut du dépositaire d'agir avec soin et diligence, et l'al. 3(4)a qui interdit d'insérer dans un contrat d'entreposage une clause [TRADUCTION] «contraire à une disposition de la Loi» devient susceptible de modification contractuelle par les parties. En conséquence, le résultat que recherche en l'espèce l'intimée est atteint, non par une dérogation à l'interdiction de l'al. 3(4)b), mais par un assouplissement du caractère strict de l'al. 3(4)a) obtenu par l'addition à l'art. 14 du pouvoir de modifier par contrat la responsabilité pour perte.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir la décision de première instance, avec dépens en faveur de l'appelante dans toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge ESTEY étant dissident.

Procureurs de la demanderesse, appelante: Ray, Wolfe & Co., Vancouver.

Procureurs de la défenderesse, intimée: Harper, Grey & Co., Vancouver.

S.C. Johnson and Son, Limited and S.C. Johnson & Son, Inc. (Plaintiffs) Appellants;

and

Marketing International Ltd. (Defendant) Respondent.

1979: March 25, 27, 28; 1979: November 20.

Present: Martland, Pigeon, Dickson, Estey and McIntyre JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Trade marks — Registered user — Mark “OFF” — Mark not distinctive — Elliptical description — Confusion with “BUGG OFF” — Trade Marks Act, R.S.C. 1970, c. T-10, ss. 2, 12, 18, 49.

In 1957, appellant S.C. Johnson and Son, Inc. (“Johnson U.S.”) was registered as the owner of the trade mark “OFF!”—which it was already using in the United States—for a personal insect repellent. At the same time, the other appellant S.C. Johnson and Son, Limited (“Johnson Canada”), a wholly owned subsidiary of the former, was registered as the “registered user” of this trade mark. In 1975 respondent Marketing International Ltd. began marketing a repellent in Canada under the trademark “BUGG OFF”, and this led the two appellants to bring an infringement action in the Federal Court. By a counterclaim, respondent asked that the trade mark “OFF!” be expunged, alleging that it was not validly registered. The Trial Division allowed the principal action in part and dismissed the counterclaim. The Federal Court of Appeal, on the other hand, concluded that the trade mark “OFF!” was invalid, as it considered this mark was not distinct within the meaning of s. 18(1)(b) of the *Trade Marks Act*, solely on the ground that it is not used to identify goods of the owner of the mark, but rather the user. It accordingly reversed the trial decision and ordered the trade mark “OFF!” to be expunged from the Register of Trade Marks. Hence the appeal to this Court.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 49(3) of the *Trade Marks Act* enacts that the “permitted use” has the same effect for all purposes of this Act as a use by the registered owner, and by virtue of subs. 2, “permitted use” means “the use . . . by a person approved as a registered user”. It follows that, in

S.C. Johnson and Son, Limited et S.C. Johnson & Son, Inc. (Demandereses) Appelantes;

et

Marketing International Ltd. (Défenderesse) Intimée.

1979: 25, 27, 28 mars; 1979: 20 novembre.

Présents: Les juges Martland, Pigeon, Dickson, Estey et McIntyre.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Marques de commerce — Usager inscrit — Marque «OFF» — Marque non distinctive — Description elliptique — Confusion avec «BUGG OFF» — Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, chap. T-10, art. 2, 12, 18, 49.

En 1957, l'appelante S.C. Johnson and Son, Inc. («Johnson É.-U.») est inscrite comme propriétaire de la marque de commerce «OFF!»—qu'elle utilisait déjà aux États-Unis—pour un insectifuge à usage personnel. En même temps, l'autre appelante S.C. Johnson and Son, Limited («Johnson Canada») filiale en propriété exclusive de la première, est inscrite comme «usager inscrit» de cette marque de commerce. En 1975 l'intimée Marketing International Ltd. commence la commercialisation d'un insectifuge au Canada, sous la marque de commerce «BUGG OFF», ce qui amène les deux appelantes à intenter devant la Cour fédérale une action pour contrefaçon. L'intimée requiert par demande reconventionnelle la radiation de la marque de commerce «OFF!» alléguant que son enregistrement n'est pas valable. La Division de première instance accueille en partie l'action principale et rejette la demande reconventionnelle. Par contre, la Cour d'appel fédérale conclut à l'invalidité de la marque de commerce «OFF!» qu'elle ne considère pas distinctive au sens de l'al. 18(1)(b) de la *Loi sur les marques de commerce* pour le seul motif qu'elle ne sert pas à identifier les marchandises du propriétaire de la marque mais celles de l'usager. Elle infirme, par conséquent, la décision de première instance et ordonne la radiation de la marque de commerce «OFF!» du registre des marques de commerce. D'où le pourvoi à cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Selon le par. 49(3) de la *Loi sur les marques de commerce* «l'emploi permis» a le même effet, à toutes fins de la loi, qu'un emploi par le propriétaire inscrit et aux termes du par. 2 «l'emploi permis» signifie «l'emploi . . . par une personne agréée comme usager inscrit». Il

the application of all the provisions of the Act, "use" by a registered user is to be taken as a use by the registered owner. There is no reason for not giving full effect to this provision in relation to the definition of "distinctive" in s. 2, so that, when a trade mark is used by a registered user, "distinctive" means a mark that actually distinguishes or is adapted to distinguish the wares in association with which it is used by the registered user. This interpretation negates the only reason for which the Federal Court of Appeal found the registration of the trade mark "OFF!" invalid.

However, this Court allows the argument by respondent alleging that the trade mark "OFF!" is invalid on the ground that it is a description in English of the wares with which it is used. Although the word "off" is used elliptically with regard to a repellent, it describes the wares or their effect. Here what Johnson's are claiming is what it has been held that no one can have, an exclusive proprietary right in relation to the word "off" as applied to an insect repellent.

Secondly, the trade mark "BUGZOFF" was registered before "OFF!" was registered. Appellants are in a dilemma. In order to succeed in their claim for infringement they must, under s. 20, establish that respondent's use of "Bugg Off" is confusing. However, by virtue of s. 12(1)(d) "OFF!" was not validly registered if confusing with "BUGZOFF". There is no appreciable difference between "BUGZOFF" and "BUGG OFF", and insecticides and insect repellents are not in different categories of wares.

Breck's Sporting Goods v. Magder, [1976] 1 S.C.R. 527; *Cheerio Toys and Games Ltd. v. Dubiner*, [1966] S.C.R. 206, aff'g [1965] 1 Ex.C.R. 524; *Coca-Cola Co. v. Pepsi-Cola Co.*, [1942] 1 C.P.R. 293, aff'g [1940] S.C.R. 17; *General Motors Corp. v. Bellows*, [1949] S.C.R. 678; *Keystone Knitting Mills Ltd App.* (1928), 45 R.P.C. 421 (C.A.); *National Machinery Coy's App.* (1941), 58 R.P.C. 128 (C.A.); *Minnesota Mining & Manufacturing Co. App.* (1948), 65 R.P.C. 229; *Cabin Crafts Inc's App.* (1955), 72 R.P.C. 333; *Colgate-Palmolive Coy's App.*, [1957] R.P.C. 25; *T.A.D. Avanti v. Phone-Mate, Inc.* (1978), 199 USPQ 648; *Registrar of Trade Marks v. Hardie*, [1949] S.C.R. 483, referred to.

APPEAL from a decision of the Federal Court

s'ensuit qu'aux fins de l'application de toutes les dispositions de la Loi, «l'emploi» par un usager inscrit équivaut à un emploi par le propriétaire inscrit. Il n'y a aucune raison de ne pas donner plein effet à cette disposition en appliquant la définition que l'art. 2 donne du mot «distinctive» de façon que, dans le cas d'une marque de commerce utilisée par un usager inscrit, «distinctive» désigne une marque de commerce qui distingue véritablement ou qui est adaptée à distinguer les marchandises en liaison avec lesquelles elle est employée par l'usager inscrit. Cette interprétation écarte l'unique motif pour lequel la Cour d'appel fédérale a conclu à l'invalidité de l'enregistrement de la marque de commerce «OFF!».

Par contre cette Cour admet la prétention de l'intimée qui allègue comme autre motif d'invalidité que la marque de commerce «OFF!» est une description en langue anglaise des marchandises à l'égard desquelles on l'emploie. Même si le mot «off» est employé elliptiquement à l'égard d'un insectifuge, il décrit la marchandise ou son effet. En l'espèce, les sociétés Johnson réclament ce qu'on a jugé que personne ne peut avoir: un droit de propriété exclusif sur le mot «off» employé pour désigner un insectifuge.

En second lieu, la marque de commerce «BUGZOFF» avait été enregistrée antérieurement à l'enregistrement de «OFF!».—Les appelantes sont dans un dilemme. Pour avoir gain de cause dans leur action en contrefaçon elles doivent en vertu de l'art. 20 établir que l'emploi de «Bugg Off» par l'intimée crée de la confusion. Mais en vertu de l'al. 12(1)d), l'enregistrement de la marque «OFF!» est invalide si elle crée une confusion avec la marque «BUGZOFF». Il n'y a pas de différence appréciable entre «BUGZOFF» et «BUGG OFF» et les insecticides et les insectifuges ne sont pas dans des catégories différentes de marchandises.

Jurisprudence: *Breck's Sporting Goods c. Magder*, [1976] 1 R.C.S. 527; *Cheerio Toys and Games Ltd. c. Dubiner*, [1966] R.C.S. 206, confirmant [1965] 1 R.C.É. 524; *Coca-Cola Co. c. Pepsi-Cola Co.*, [1942] 1 C.P.R., confirmant [1940] R.C.S. 17; *General Motors Corp. c. Bellows*, [1949] R.C.S. 678; *Keystone Knitting Mills Ltd App.* (1928), 45 R.P.C. 421 (C.A.); *National Machinery Coy's App.* (1941), 58 R.P.C. 128 (C.A.); *Minnesota Mining & Manufacturing Co. App.* (1948), 65 R.P.C. 229; *Cabin Crafts Inc's App.* (1955), 72 R.P.C. 333; *Colgate-Palmolive Coy's App.*, [1957] R.P.C. 25; *T.A.D. Avanti v. Phone-Mate, Inc.* (1978), 199 USPQ 648; *Registrar of Trade Marks c. Hardie*, [1949] R.C.S. 483.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel

of Appeal¹, reversing a judgment of the Trial Division² which had allowed an infringement action in part and dismissed the counterclaim to expunge. Appeal dismissed.

James D. Kokonis, Q.C., and *A. B. R. Lawrence, Q.C.*, for the appellants.

G. F. Henderson, Q.C., and *Kent H. E. Plumley*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

PIGEON J.—The appellants were plaintiffs in a trade mark infringement action in the Federal Court. The judgment of Cattanach J. maintaining the action in part² was reversed by the Federal Court of Appeal which allowed respondent's counterclaim and ordered appellant's trade mark "OFF!" to be expunged from the Register of Trade Marks¹.

The first appellant, S.C. Johnson and Son, Limited ("Johnson Canada"), is the registered user of the trade mark "OFF!" registered on September 27, 1957, for wares described as "a personal insect repellent", by the other appellant, S.C. Johnson & Son, Inc. ("Johnson U.S."), pursuant to an application dated January 17, 1957. This application states that the applicant intends to use the trade mark in Canada and is accompanied by an application for the registration of its wholly owned subsidiary, Johnson Canada, as "registered user". This was approved at the same time as the other application was allowed.

Johnson U.S. had been using the same trade mark in the United States since November 1, 1956. It never used it in Canada and is not explicitly referred to in the labels used by Johnson Canada which refer only to the latter, although the word "Johnson's" is also used which is said to refer to Johnson U.S. In this respect, Jackett C.J. with whom Urie and Ryan JJ. agreed, said in a footnote (at p. 72):

¹ [1979] 1 F.C. 65.

² (1977), 32 C.P.R. (2d) 15.

fédérale¹ infirmant un jugement de la Division première instance² qui avait accueilli en partie une action en contrefaçon et rejeté la demande reconventionnelle en radiation. Pourvoi rejeté.

James D. Kokonis, c.r., et *A. B. R. Lawrence, c.r.*, pour les appelantes.

G. F. Henderson, c.r., et *Kent H. E. Plumley*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE PIGEON—Les appelantes étaient demandereses dans une action pour contrefaçon d'une marque de commerce intentée devant la Cour fédérale. La décision du juge Cattanach accueillant l'action en partie² a été infirmée par la Cour d'appel fédérale qui a accueilli la demande reconventionnelle de l'intimée et ordonné que la marque de commerce «OFF!» inscrite par les appelantes soit radiée du registre des marques de commerce¹.

L'appelante S.C. Johnson and Son, Limited («Johnson Canada»), est usager inscrit de la marque de commerce «OFF!» enregistrée le 27 septembre 1957 pour des marchandises décrites comme «un insectifuge à usage personnel», par l'autre appelante, S.C. Johnson & Son, Inc. («Johnson É.-U.»), conformément à une demande datée du 17 janvier 1957. Cette demande précise que la requérante a l'intention d'utiliser la marque de commerce au Canada et elle s'accompagne d'une demande visant l'enregistrement de sa filiale en propriété exclusive, Johnson Canada, comme «usager inscrit». Ces deux demandes ont été accueillies en même temps.

Johnson É.-U. utilisait cette marque de commerce aux États-Unis depuis le 1^{er} novembre 1956. Elle ne l'a jamais utilisée au Canada et son nom ne figure pas sur les étiquettes utilisées par Johnson Canada, celles-ci ne mentionnant que cette dernière. On y voit cependant aussi le mot «Johnson» qui se rapporte, dit-on, à Johnson É.-U. À cet égard, le juge en chef Jackett, dont l'avis est partagé par les juges Urie et Ryan, déclare dans une note au bas de la p. 72:

¹ [1979] 1 C.F. 65.

² (1977), 32 C.P.R. (2d) 15.

‘In my view, the use on the wares of the word “Johnson’s”, which is said to refer to the U.S. respondent, does not affect the matter inasmuch as the person clearly referred to by name on all the wares and advertisements in Canada is the Canadian respondent. However, if account is taken of the use of that word and its alleged reference to the U.S. respondent, the matter is not improved from the respondent’s point of view. The result would then be that the public has been educated to associate the trade mark “OFF!” with both respondents and has not been educated to regard it as indicating the wares of the owner of the trade mark who is the U.S. respondent.

On those facts Jaccett C.J. held that the trade mark was invalid. He said (at pp. 71-72):

... , the relevant portions of the *Trade Mark Act* would appear to be the following:

2. In this Act

“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;

“trade mark” means

(a) a mark that is used by a person for the purpose of distinguishing or so as to distinguish wares or services manufactured, sold, leased, hired or performed by him from those manufactured sold, leased, hired or performed by others,

(b) a certification mark,

(c) a distinguishing guise, or

(d) a proposed trade mark;

12. (1) Subject to section 13, a trade mark is registrable ...

“ ...

18. (1) The registration of a trade mark is invalid if

(b) the trade mark is not distinctive at the time proceedings bringing the validity of the registration into question are commenced;

...”

‘A mon avis, l’emploi sur les marchandises, du mot «Johnson’s» en référence, dit-on, à l’intimée américaine, ne change rien à la matière dans la mesure où l’on se réfère clairement à l’intimée canadienne par l’emploi de son nom sur toutes les marchandises et dans toutes les publicités au Canada. Cependant, compte tenu de l’emploi de ce mot et de son renvoi allégué à l’intimée américaine, la matière n’est pas améliorée du point de vue de l’intimée. La conséquence serait alors que le public a été habitué à associer la marque de commerce «OFF!» avec les deux intimées et non avec le propriétaire de la marque de commerce, qui est l’intimée américaine.

Se fondant sur ces faits, le juge en chef Jaccett a conclu que la marque de commerce était invalide. Il dit (aux pp. 71 et 72):

... , voici les dispositions pertinentes de la *Loi sur les marques de commerce*:

2. Dans la présente loi

«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;

«marque de commerce» signifie

a) une marque qui est employée par une personne aux fins en vue de distinguer des marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou des services loués ou exécutés, par elle, de marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou des services loués ou exécutés, par d’autres,

b) une marque de certification,

c) un signe distinctif, ou

d) une marque de commerce projetée;

12. (1) Sous réserve de l’article 13, une marque de commerce est enregistrable si elle ne constitue pas ...

“ ...

18. (1) L’enregistrement d’une marque de commerce est invalide si

b) la marque de commerce n’est pas distinctive à l’époque où sont entamées les procédures contestant la validité de l’enregistrement;

...”

These provisions must be read with section 19 which confers an exclusive right on the registered owner to the use of the registered trade mark (as such) and with section 20, which deems such right to be infringed by a "confusing trade mark".

In my view, looking only at these provisions, it is quite clear that the trade mark "OFF!" is not "distinctive" because, having regard to the way in which the Canadian mark has been developed by the Canadian respondent, that trade mark does not "actually distinguish" the wares in association with which it is used by its owner (the U.S. respondent) from the wares of others (which would include the Canadian respondent) nor is it "adopted so to distinguish them". All the evidence would appear to show that the message communicated to the Canadian public by "OFF!" is that the goods with which it is associated originate with the Canadian respondent and not the U.S. respondent. (Footnote 4, previously quoted).

Further on Jackett C.J. said (at pp. 73-74):

The question that arises here is whether a new system of licensing of trade marks that was introduced in 1953 by section 49 of the *Trade Marks Act* has created a system whereby a trade mark registration can be valid, notwithstanding section 18(1), even though at the time that the validity is attacked (as well as at all previous times) it "actually distinguishes" the wares in association with which it is used by the licensee from the wares of others (and is adapted so to do) and does *not* "actually distinguish" the wares in association with which it is used by the owner of the trade mark from the wares of others and is *not* adapted so to do.

As appears from a reading of section 49, it nowhere *expresses*, for the case where there is a registered user, such a fundamental change in the nature of trade mark as defined by the rest of the Act. The question is, therefore, whether such a consequence must be *inferred* from the provisions of that section.

The relevant portions of section 49 read:

49. (1) A person other than the owner of a registered trade mark may be registered as a registered user thereof for all or any of the wares or services for which it is registered.

Les dispositions ci-dessus doivent être interprétées à la lumière de l'article 19 qui confère à l'usager inscrit un droit exclusif à l'emploi de la marque de commerce enregistrée (comme telle), et à la lumière de l'article 20 selon lequel ce droit est censé violé par «une marque de commerce . . . créant de la confusion».

A mon avis, ces dispositions seules montrent clairement que la marque de commerce «OFF!» n'est pas «distinctive» parce que, compte tenu de la manière dont la marque canadienne a été développée par l'intimée canadienne, la marque de commerce en question «ne distingue pas véritablement» les marchandises en liaison avec lesquelles elle est employée par son propriétaire (l'intimée américaine) des marchandises d'autres propriétaires (dont l'intimée canadienne); et ladite marque «n'est pas adaptée à les distinguer». Toutes les preuves produites établissent avec évidence que la marque «OFF!» laisse entendre au public canadien que les marchandises commercialisées sous cette marque proviennent de l'intimée canadienne et non de l'intimée américaine. (Note 4, précitée)

Plus loin, le juge en chef Jackett poursuit (aux pp. 73 et 74):

Ici se pose la question de savoir si le nouveau système permettant l'usage des marques de commerce introduit en 1953 par l'article 49 de la *Loi sur les marques de commerce*, permet à l'enregistrement d'une marque de commerce de rester valide nonobstant l'article 18(1), même si au moment où la validité est attaquée (aussi bien qu'antérieurement) ladite marque «distingue véritablement» les marchandises, en liaison avec lesquelles elle est employée par son propriétaire, des marchandises d'autres personnes (et est adaptée à les distinguer), et si elle «[ne] distingue [pas] véritablement» les marchandises, en liaison avec lesquelles elle est employée par son propriétaire, des marchandises d'autres personnes et n'est pas adaptée pour ce faire.

La lecture de l'article 49 montre que celui-ci n'*exprime* nulle part un changement aussi fondamental dans la nature des marques de commerce, telles que celles-ci sont définies dans la Loi, au cas où il y a un usager inscrit. Il faut donc se demander si cette conséquence doit être *dérivée* des dispositions dudit article.

Voici les parties pertinentes de l'article 49:

49. (1) Une personne autre que le propriétaire d'une marque de commerce déposée peut être inscrite comme usager inscrit de ladite marque pour la totalité ou quelque partie des marchandises ou services à l'égard desquels elle est inscrite.

(2) The use of a registered trade mark by a registered user thereof in accordance with the terms of his registration as such in association with wares or services manufactured, sold, leased, hired or performed by him, or the use of a proposed trade mark as provided in subsection 39(2) by a person approved as a registered user thereof, is in this section referred to as the "permitted use" of the trade mark.

(3) The permitted use of a trade mark has the same effect for all purposes of this Act as a use thereof by the registered owner.

(5) Concurrently with or at any time after the filing of an application for the registration of a trade mark, an application for the registration of a person as a registered user of the trade mark may be made to the Registrar in writing by such person and by the owner of the trade mark, and the applicants shall furnish the Registrar in writing with

- (a) particulars of the relationship, existing or proposed, between them, including particulars of the degree of control by the owner over the permitted use which their relationship will confer;
- (b) a statement of the wares or services for which registration is proposed;
- (c) particulars of any conditions or restrictions proposed with respect to the characteristics of the wares or services, to the mode or place of permitted use, or to any other matter;
- (d) information as to the proposed duration of the permitted use; and
- (e) such further documents, information or evidence as may be required by the Registrar.

(7) The Registrar may approve a person as a registered user of the trade mark for any of the proposed wares or services, subject to any conditions or restrictions that he considers proper, if he is satisfied that in all the circumstances the use of the trade mark in association with such wares or services by the proposed registered user would not be contrary to the public interest.

Jackett C.J. further went on to say (at pp. 75-76 and in a footnote):

This aspect of the matter requires some reference to another innovation in the 1953 statute. Prior to 1953, as

(2) L'emploi d'une marque de commerce déposée, par un usager inscrit de cette marque, selon les termes de son enregistrement à ce titre, en liaison avec les marchandises par lui fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou avec les services qu'il a loués ou exécutés, ou l'usage d'une marque de commerce projetée, ainsi que le prévoit le paragraphe 39(2), par une personne agréée comme usager inscrit de la marque, est dans le présent article appelé «l'emploi permis».

(3) L'emploi permis d'une marque de commerce a le même effet, à toutes fins de la présente loi, qu'un emploi de cette marque par le propriétaire inscrit.

(5) Concurrément avec la production d'une demande d'enregistrement d'une marque de commerce ou à toute époque postérieure à sa production, une demande en vue de l'inscription d'une personne comme usager inscrit de la marque de commerce peut être faite par écrit au registraire par cette personne et par le propriétaire de la marque, et les auteurs de cette demande doivent fournir au registraire, par écrit,

- a) les détails des relations, existantes ou projetées, entre eux, y compris les indications du degré de contrôle que leurs relations conféreront au propriétaire sur l'emploi permis;
- b) un état déclaratif des marchandises ou services pour lesquels l'enregistrement est projeté;
- c) les détails de toute condition ou restriction projetée concernant les caractéristiques des marchandises ou services, le mode ou le lieu de l'emploi permis, ou toute autre matière;
- d) des renseignements sur la durée prévue de l'emploi permis; et
- e) tels autres documents, renseignements ou preuve que le registraire peut exiger.

(7) Le registraire peut agréer une personne à titre d'usage inscrit de la marque de commerce pour l'une quelconque des marchandises ou l'un quelconque des services projetés, avec les conditions ou restrictions qu'il juge à propos, s'il est convaincu que, dans toutes les circonstances, l'emploi de la marque de commerce en liaison avec ces marchandises ou services, par l'usager inscrit projeté, ne serait pas contraire à l'intérêt public.

Le juge en chef Jackett déclare ensuite (aux pp. 75 et 76 et dans une note):

Cet aspect de la matière exige quelque renvoi à une autre innovation de la loi de 1953. Pour autant que je

I understood counsel, registration systems were for trade marks that had, by user or otherwise, already acquired the capacity to distinguish the owner's wares from the wares of others. The 1953 Act introduced the idea of applying for a "proposed trade mark" which, by definition, is "a mark that is proposed to be used by a person for the purpose of distinguishing . . . wares . . . manufactured . . . by him from those manufactured . . . by others". However, when an application for such a trade mark is allowed, the trade mark is not registered until the Registrar is supplied with a declaration of commencement of user. The relevance of this to the problem in hand is that commencement of user can, according to sections 39(2) and 49(2) be by a registered user⁷.

⁷Section 39(2) of the *Trade Marks Act* reads as follows:

(2) When an application for registration of a proposed trade mark is allowed, the Registrar shall give notice to the applicant accordingly and shall register the trade mark and issue a certificate of its registration upon receipt of a declaration that the applicant, his successor in title or a person approved as a registered user under subsection 49(7) has commenced the use of the trade mark in Canada in association with the wares or services specified in the application.

I find the problem so presented very difficult. A trade mark, by definition, distinguishes the owner's wares from the wares of others. On the other hand, the original use for trade mark purposes may, by virtue of section 39(2) and 49(2), be by a licensee. Does it follow that Parliament, without saying so expressly, is providing, by necessary implication, that a message to the public that in fact indicates that wares associated with the trade mark originate with the licensee of the trade mark is to be deemed, as a matter of law, to be a message to the public, which it is not in fact, that wares associated with the trade mark originate with the owner of the trade mark?

I do not find any such necessary implication in the statute.

In conclusion Jockett C.J. said (at p. 77):

Whatever be the correct view as to the character of the "permitted use" under section 49, in my view, section 49 does not have the effect of deeming the activities of the Canadian respondent (which in fact had the result of making the trade mark "OFF!" a mark that

comprende les arguments de l'avocat, le système d'enregistrement antérieur à 1953 concernait des marques de commerce ayant déjà acquis, par l'usager ou autrement, la capacité de distinguer entre les marchandises du propriétaire et celles d'autres personnes. La Loi de 1953 introduit l'idée «[d'] une marque qu'une personne projette d'employer aux fins ou en vue de distinguer des marchandises fabriquées, . . . par elle, de marchandises fabriquées, . . . par d'autres». Cependant, lorsqu'une demande de marque de commerce semblable est admise, le registraire ne l'enregistre que sur réception d'une déclaration de commencement d'emploi. Cette exigence est pertinente au présent litige car le commencement d'emploi peut provenir d'un usager inscrit, conformément aux articles 39(2) et 49(2)⁷.

⁷Voici le libellé de l'article 39(2) de la *Loi sur les marques de commerce*:

(2) Lorsqu'une demande d'enregistrement d'une marque de commerce projetée est admise, le registraire doit en donner avis au requérant, et il doit enregistrer la marque de commerce et émettre un certificat de son enregistrement après avoir reçu une déclaration portant que le requérant, son successeur en titre ou une personne agréée comme usager inscrit en vertu du paragraphe 49(7), a commencé l'emploi de la marque de commerce au Canada, en liaison avec les marchandises ou services spécifiés dans la demande.

Je constate que le problème ainsi présenté est très difficile. Par définition, une marque de commerce permet de distinguer entre les marchandises du propriétaire de la marque et celles d'autres personnes. D'un autre côté, conformément aux articles 39(2) et 49(2), l'intention initiale a été de permettre l'emploi des marques par des personnes agréées comme usagers inscrits. S'ensuit-il que le législateur, sans le dire expressément, a implicitement prévu, comme un message au public, que des marchandises associées avec des marques de commerce et provenant d'une personne agréée comme usager desdites marques sont censées en droit être les mêmes que des marchandises provenant du propriétaire desdites marques?

Je ne trouve dans la loi aucune implication de ce genre.

En conclusion, le juge en chef Jockett dit (à la p. 77):

Quelle que soit l'interprétation du terme «emploi permis» en vertu de l'article 49, celui-ci n'a pas pour effet, à mon avis, de considérer les activités de l'intimée canadienne (lesquelles ont pour conséquence de faire de la marque de commerce «OFF!» une marque permettant

“actually distinguishes” the wares of the Canadian respondent from the wares of others) to have had the result of making that trade mark a mark that “actually distinguishes” the wares of the U.S. respondent from the wares of others. That being so, on the facts of this case, it is clear, in my view, that the registration of the trade mark “OFF!” is invalid by virtue of section 18(1)(b) of the *Trade Marks Act*.

With great respect, I cannot agree with this view of the relevant sections of the *Trade Marks Act*. Subsection 49(3) enacts that the “permitted use” has “the same effect for all purposes of this Act” as a use by the registered owner. By virtue of subs. 2, “permitted use” means: “the use . . . by a person approved as a registered user”. From this it clearly follows that, in the application of all the provisions of the Act, “use” by a registered user is to be taken as use by the registered owner. I can see no reason for not giving full effect to this provision in relation to the definition of “distinctive” in s. 2 so that, when a trade mark is used by a registered user, “distinctive” means a mark that actually distinguishes or is adapted to distinguish the wares in association with which it is used by the registered user.

Counsel for the respondent argued forcefully that “distinctiveness” was a special requirement apart from “use”. Granting that it is so, it remains that “distinctiveness” is defined by reference to “use”. I cannot agree that when it is provided that “use” by the registered user has the same effect for all purposes of the Act, this does not apply to “use” for the purpose of the definition of “distinctiveness”.

In his reasons, Jactett C.J. referred to *Breck's Sporting Goods v. Magder*³. In that case, Laskin C.J. said, speaking for the Court (at p. 537):

... 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

³ [1976] 1 S.C.R. 527.

de «distinguer véritablement» les marchandises de l'intimée canadienne de celles d'autres personnes) comme ayant pour résultat de faire de cette marque de commerce une marque permettant de «distinguer véritablement» entre les marchandises de l'intimée américaine et celles d'autres personnes. Ceci étant, il appert évidemment en l'espèce que l'enregistrement de la marque de commerce «OFF!» n'est pas valable en vertu de l'article 18(1)b) de la *Loi sur les marques de commerce*.

Avec égards, je ne puis être d'accord avec cette interprétation des dispositions pertinentes de la *Loi sur les marques de commerce*. Selon le par. 49(3), «l'emploi permis» a «le même effet, à toutes fins de la présente loi» qu'un emploi par le propriétaire inscrit. Aux termes du par. 2, «l'emploi permis» signifie: «l'emploi . . . par une personne agréée comme usager inscrit». Il s'ensuit donc clairement qu'aux fins de l'application de toutes les dispositions de la Loi, l'«emploi» par un usager inscrit équivaut à un emploi par le propriétaire inscrit. Il n'y a aucune raison de ne pas donner plein effet à cette disposition en appliquant la définition que l'art. 2 donne du mot «distinctive» de façon que, dans le cas d'une marque de commerce utilisée par un usager inscrit, «distinctive» désigne une marque de commerce qui distingue véritablement ou qui est adaptée à distinguer les marchandises en liaison avec lesquelles elle est employée par l'usager inscrit.

L'avocat de l'intimée soutient avec vigueur que la nature «distinctive» constitue une exigence particulière distincte de l'«emploi». Admettons; il n'en demeure pas moins que cette nature «distinctive» est définie par rapport à l'«emploi». Vu la disposition selon laquelle l'«emploi» par un usager inscrit a le même effet à toutes fins de la Loi, je ne puis admettre que cela ne s'applique pas à l'«emploi» aux fins de la définition de la nature «distinctive».

Dans ses motifs, le juge en chef Jactett s'est référé à l'arrêt *Breck's Sporting Goods c. Magder*³. Dans cette affaire, le juge en chef Laskin a déclaré, parlant au nom de la Cour (à la p. 537):

... 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

³ [1976] 1 R.C.S. 527.

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 situation in the present case does not turn on the application of s. 47, but of s. 49 and what was there said of the effect of the definition of distinctiveness did not have reference to a situation where subs. 49(3) comes into operation.

Counsel for the respondent referred to the judgment of this Court in *Cheerio Toys and Games Ltd. v. Dubiner*⁴. In that case it was held that the agreement between the parties and the joint application to register the appellant as a registered user were indivisible. What was said for the majority by Hall J. concerning s. 49(3) is as follows (at pp. 218-19):

The appellant argued that since at the time the action was commenced it was a "registered user" on the registry of Trade Marks, it could not be an infringer while it remained on the register as a "registered user", and relied on s. 49(3) of the Act, which reads:

(3) The permitted use of a tradé mark has the same effect for all purposes of this Act as a use thereof by the registered owner.

but this overlooks that the permitted use under this section is *use in accordance with the terms of the registration*.

It argued further that until it had actually been struck from the register as a "registered user" in accordance with s. 49(10), it continued to be a "registered user" and as such could not be an infringer.

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 comprend 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. 2f) et à l'application de l'art. 18 que revient le rôle de protecteur.

La présente affaire ne porte pas sur l'application de l'art. 47 mais de l'art. 49 et les déclarations contenues dans cet arrêt relativement à la définition du «caractère distinctif» ne s'appliquent pas à une situation relevant du par. 49(3).

L'avocat de l'intimée a cité l'arrêt de cette Cour dans *Cheerio Toys and Games Ltd. c. Dubiner*⁴. On y a jugé que la convention entre les parties et la demande conjointe visant l'enregistrement de l'appelante comme usager inscrit ne pouvaient être dissociées. Voici ce que le juge Hall a dit pour la majorité au sujet du par. 49(3) (aux pp. 218 et 219):

[TRADUCTION] L'appelante soutient qu'au moment de l'institution de l'action elle était un «usager inscrit» au registre des marques de commerce et qu'elle ne pouvait donc pas être considérée comme un contrefacteur tant qu'elle figurait comme «usager inscrit» au registre; elle se fonde sur le par. 49(3) de la Loi:

(3) L'emploi permis d'une marque de commerce a le même effet, à toutes fins de la présente loi, qu'un emploi de cette marque par le propriétaire inscrit,

mais elle semble oublier que l'emploi permis en vertu de l'article est un *emploi selon les termes de son enregistrement*.

Elle soutient en outre que jusqu'au moment où le registraire a radié son nom comme «usager inscrit» en conformité du par. 49(10), elle a continué d'être un «usager inscrit» et ne pouvait donc pas être coupable de contrefaçon.

⁴ [1966] S.C.R. 206, aff'g [1965] 1 Ex. C.R. 524.

⁴ [1966] R.C.S. 206, conf. [1965] 1 R.C.É. 524.

Whatever validity that argument might have as between a "registered user" and a third party, and I express no opinion on the point, I am of opinion that as between the appellant and the respondent the right to use the trade marks Yo-Yo and Bo-Lo was governed by the condition of the licence quoted above, and when, as found by the learned trial judge, that the appellant breached the "registered user" agreement by refusing the respondent "free access to the premises of the registered user to inspect the finished wares . . ." it forfeited whatever rights it had to use the said trade marks and after receipt of the solicitor's letter of January 14, 1963, had no right to persist in using these trade marks and it was in consequence an infringer, if in fact the trade marks were valid.

In the present case there is no question as to the validity of the registered user agreement.

Since I have to disagree with the only reason for which the Federal Court of Appeal found the trade mark registration invalid, it is necessary to consider the other grounds of invalidity urged by the respondent. These are that:

- a) "OFF!" is descriptive;
- b) it was not registrable over "BUGZOFF".

In this connection the following provisions of the *Trade Marks Act* are specially relevant:

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 . . .

12. (1) Subject to section 13, a trade mark is registrable if it is not

(b) whether depicted, written or sounded, either clearly descriptive or deceptively misdescriptive in the English or French languages of the character or quality of the wares or services in association with which it is used or proposed to be used or of the conditions of or the persons employed in their production or of their place of origin;

Sans égard à la validité de cet argument entre un «usager inscrit» et un tiers, sur quoi je n'exprime pas d'opinion, j'estime, en ce qui concerne l'appelante et l'intimé, que le droit d'utiliser les marques de commerce Yo-Yo et Bo-Lo était assujéti à la condition précitée de la licence et que, comme a conclu le juge de première instance, lorsque l'appelante a violé la convention relative à l'«usager inscrit» en refusant à l'intimé l'accès aux locaux de l'usager inscrit pour vérifier l'état du produit fini . . . » elle a perdu tout droit d'utiliser lesdites marques de commerce et qu'après avoir reçu la lettre de l'avocat datée du 14 janvier 1963, elle n'avait pas le droit de continuer d'utiliser ces marques de commerce et s'est rendue coupable de contrefaçon si les marques de commerce étaient effectivement valides.

En l'espèce, la validité de la convention relative à l'usager inscrit n'est pas contestée.

Comme je ne puis endosser l'unique motif pour lequel la Cour d'appel fédérale a conclu à l'invalidité de l'enregistrement de la marque de commerce, il me faut étudier les autres motifs d'invalidité avancés par l'intimée. Les voici:

- a) la marque «OFF!» est une description;
- b) elle n'était pas enregistrable vu l'enregistrement antérieur de «BUGZOFF».

A cet égard, les dispositions suivantes de la *Loi sur les marques de commerce* sont particulièrement pertinentes:

18. (1) L'enregistrement d'une marque de commerce est invalide si

- a) la marque de commerce n'était pas enregistrable 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 . . .

12. (1) Sous réserve de l'article 13, une marque de commerce est enregistrable si elle ne constitue pas

b) peinte, écrite ou prononcée, soit une description claire, soit une description fautive et trompeuse, en langue anglaise ou française, de la nature ou de la qualité des marchandises ou services en liaison avec lesquels elle est employée, ou à l'égard desquels on projette de l'employer, ou des conditions de leur production, ou des personnes qui y sont employées, ou du lieu d'origine de ces marchandises ou services;

(c) the name in any language of any of the wares or services in connection with which it is used or proposed to be used;

(d) confusing with a registered trade mark; or ...

In considering the descriptiveness of any trade mark it is important to bear in mind that, by virtue of the already quoted definition of trade mark, it must when used, "actually distinguish" or be "adapted to distinguish" the wares. Thus the result of the registration must be to confer a monopoly for the use of the trade mark. By virtue of para. 12(1)(c) no one may get such monopoly for the name in any language of the wares with which the trade mark is to be used, and by virtue of para. 12(1)(b), no one may obtain such monopoly for any expression that is "clearly descriptive" of those wares in English or in French.

In the *Oxford Dictionary* the first meaning of "off" is:

1. Expressing motion or direction from a place: To a distance, away, quite away; as in *go, run, drive off*. Also expressing resistance to motion towards: as in *beat, hang, keep, ward off*.

In *Webster's Third New International Dictionary*, I read under "off":

1b: so as to prevent close approach (drove the dogs off).

It is obvious that an insect repellent is a substance that will "ward off" or "drive off" those pests colloquially called "bugs". When Johnson U.S. applied for the registration there was on the register of Trade Marks since January 25, 1946 the word "BUGZOFF" for insecticides besides "GREESOFF", "MIST-OFF", "OZOFF", "EASITOFF", "EASY-OFF" and "SPRAYIT-OFF" for various cleaning compounds. All those expressions reveal the use of the word "off" as meaning a substance intended for getting rid of something, in other words a repellent or removing agent.

In his reasons for judgment, the trial judge said (at p. 24):

c) le nom, dans quelque langue, de l'une des marchandises ou de l'un des services à l'égard desquels elle est employée, ou à l'égard desquels on projette de l'employer;

d) une expression créant de la confusion avec une marque de commerce déposée, ou ...

En recherchant si une marque de commerce est distinctive, il importe de retenir qu'en vertu de la définition précitée, il faut qu'elle «distingue véritablement» ou soit «adaptée à distinguer» les marchandises. En conséquence, l'enregistrement donne l'exclusivité de l'emploi de la marque de commerce. Mais, aux termes de l'al. 12(1)c), personne ne peut obtenir l'exclusivité du nom, dans quelque langue, des marchandises à l'égard desquelles on projette d'employer la marque de commerce et, aux termes de l'al. 12(1)b), personne ne peut obtenir cette exclusivité pour une expression qui constitue une «description claire», en langue anglaise ou française, de ces marchandises.

Dans le *Oxford Dictionary*, la première signification du mot «off» est:

[TRADUCTION] 1. Marque l'éloignement, la séparation d'un lieu: aller loin, très loin; comme dans *go, run, drive off*. Aussi la résistance opposée à l'approche; comme dans *beat, hang, keep, ward off*.

Le *Webster's Third New International Dictionary* donne notamment la définition suivante du mot «off»:

[TRADUCTION] 1b: empêcher d'approcher (éloigner les chiens):

Il est clair qu'un insectifuge est une substance propre à «chasser» ou à «éloigner» les insectes. Lorsque Johnson É.-U. a demandé l'enregistrement de la marque de commerce, le registre des marques de commerce contenait déjà le mot «BUGZOFF» pour un insecticide depuis le 25 janvier 1946, en outre des mots «GREESOFF», «MIST-OFF», «OZOFF», «EASITOFF», «EASY-OFF» et «SPRAYITOFF» pour divers produits de nettoyage. Dans toutes ces expressions, le mot «off» désigne une substance destinée à débarrasser de quelque chose, en d'autres mots, un agent répulsif, un détachant.

Le juge de première instance a déclaré à la p. 24 de ses motifs:

... it seems that the word "off" is most usually used in connection with other words and derives its meaning from the context in which it is used. If the use is elliptical then because of its many uses the ellipses are many.

That being so the word "off" standing alone bereft of context has no meaning readily ascribed to it and accordingly that word cannot be "clearly descriptive of the nature and quality of the wares in association with which it is used" without the explanation accomplished by additional words which are not expressed and what those words might be is left to conjecture.

Therefore, I conclude that the registration of the word "OFF!", followed by an exclamation mark as it is, was validly registered by the Wisconsin plaintiff, that it was "adapted" to distinguish that owner's wares and has a degree of distinctiveness capable of doing so.

With respect, I have to say that the learned trial judge was in error in the view he took of the plaintiffs' use of the word "off". He failed to consider the essential factor that this was an elliptical use of the word in association with an insect repellent and therefore, in that context, it was descriptive of the wares or of their effect. He also failed to consider that in applying to register this trade mark, Johnson U.S. was in effect claiming a monopoly for the use of a common word of the language, a word commonly used in connection with a variety of wares in related categories all exhibiting the common purpose of avoiding or getting rid of something. The variety and number of trade marks ending with "off" presently on the register, show its widespread use in that sense.

In *Coca-Cola Co. v. Pepsi-Cola Co.*⁵ Lord Russell said, affirming the judgment of this Court (at p. 299):

The Defendant put in evidence a series of twenty-two trade marks registered in Canada from time to time during a period of twenty-nine years, namely, from 1902 to 1930, in connection with beverages. They include the mark of the Plaintiff and the registered mark of the Defendant. The other twenty marks consist of two or more words or a compound word, but also containing the word "Cola" or "Kola". The following are a few samples of the bulk: "Kola Tonic Wine", "La-Kola", "Cola-Claret", "Rose-Cola", "Orange-Kola", "O'Keefe's Cola", "Royal Cola". Their Lordships agree with the Supreme Court in attributing weight to these

⁵ [1942] 1 C.P.R. 293, aff'g [1940] S.C.R. 17.

... Il semble donc que le mot «off», associé le plus souvent avec d'autres mots, prenne un sens variable selon le contexte. Si on l'emploie elliptiquement, plusieurs sens sont possibles.

Cela étant, le mot «off» pris en lui-même, en l'absence de contexte, n'a pas de sens précis et en conséquence il ne peut-être «une description claire de la nature ou de la qualité des marchandises ou services en liaison avec lesquels (il) est employé», à moins qu'une explication ne soit fournie par d'autres mots, qui sont ici sous-entendus, donc laissés à l'imagination du lecteur.

Je conclus donc que le dépôt du mot «OFF!» a été régulièrement fait par la demanderesse du Wisconsin, que ce mot, suivi d'un point d'exclamation, a été «adapté» pour distinguer les produits du déposant et a atteint ce but.

Avec égards, j'estime que le savant juge de première instance a mal interprété l'emploi du mot «off» par la demanderesse. Il n'a pas tenu compte de l'élément essentiel suivant: le mot est employé elliptiquement à l'égard d'un insectifuge et, dans ce contexte, il décrit la marchandise ou son effet. Il a également omis de prendre en considération qu'en demandant l'enregistrement de la marque de commerce, Johnson É.-U. réclamait en fait le droit exclusif d'utiliser un mot commun, couramment employé à l'égard de diverses marchandises ayant toutes la propriété de repousser quelque chose ou d'en débarrasser. La diversité et le nombre des marques de commerce qui se terminent par «off» et figurent actuellement au registre montre à quel point cet emploi est répandu.

Dans l'arrêt *Coca-Cola Co. c. Pepsi-Cola Co.*⁵ lord Russell, confirmant le jugement de cette Cour, a dit, (à la p. 299):

[TRADUCTION] La défenderesse a mis en preuve une liste de vingt-deux marques de commerce relatives à des boissons enregistrées au Canada sur une période de vingt-neuf ans, soit de 1902 à 1930. On y retrouve la marque de commerce de la demanderesse et la marque inscrite de la défenderesse. Les vingt autres marques contiennent deux mots ou plus ou un mot composé en plus du mot «Cola» ou «Kola». En voici quelques exemples: «Kola Tonic Wine», «La-Kola», «Cola-Claret», «Rose-Cola», «Orange-Kola», «O'Keefe's Cola», «Royal Cola». Leurs Seigneuries partagent l'opinion de la Cour suprême selon laquelle ces enregistrements révèlent

⁵ [1942] 1 C.P.R. 293, confirmant [1940] R.C.S. 17.

registrations as showing that the word "Cola" (appropriate for the purpose as appears above) had been adopted in Canada as an item in the naming of different beverages.

In this Court, Davis J. had said (at p. 32):

... The only similarity between the two compound words here in question lies in the inclusion of the word "cola" in both marks. The plaintiff does not, and of course could not, claim any proprietary right in the word "cola" standing alone. None the less it is plain that the objection of the plaintiff really goes to the registration by any other person of the word "cola" in any combination, for a soft drink. If such objection is allowed, then the plaintiff virtually becomes the possessor of an exclusive proprietary right in relation to the word "cola".

Here what Johnson's are claiming is precisely what it was there held no one could have: an exclusive proprietary right in relation to the word "off" as applied to an insect repellent.

In the case of *General Motors Corp. v. Bellows*⁶, where this Court upheld the finding that the initial registration of the trade mark "Frigidaire" was invalid because it was descriptive, Rand J. said (at pp. 688-689):

... Mr. Robinson argued that "Frigidaire" in this sense is not descriptive of the "character" of the article, but I must say I can imagine no term more so. In our mastery of environment we have devoted a great deal of attention to foods, a most important treatment of which has been their preservation against high temperatures. What is the essence of the idea of a refrigerator? Unquestionably, that of cold air for preservation; not the precise mode of operation by which the conserving effect is achieved but the effect itself, which is the functional property of the article itself; all the rest is implied. The air must obviously be held within a container, but the result, however brought about, is what is looked at. If evidence of that were needed, it is furnished by the material filed in the case. Forty-five names are shown to have appeared in the trade of which the following are examples: "Iced-Aire", "Frigice", "North-Eaire", "Frostair", "Airegard", "Sanidaire", "Coolair" and "Friguator". These indicate that both words of the combination have some degree of effectiveness, and that would seem to follow from their commonness. The claim goes apparently to the monopoly of the word "aire". The

⁶ [1949] S.C.R. 678.

qu'au Canada le mot «Cola» (dans le contexte précisé ci-dessus) est employé pour désigner différentes boissons.

Le juge Davis de cette Cour avait dit (à la p. 32):

[TRADUCTION] ... La seule ressemblance entre les deux mots composés est la présence du mot «cola» dans les deux marques. La demanderesse ne revendique pas et ne pourrait pas revendiquer un droit de propriété dans le mot «cola» employé seul. Il est néanmoins clair que la demanderesse s'oppose à l'enregistrement par toute autre personne du mot «cola» en tant qu'élément d'un mot composé servant à désigner une boisson gazeuse. Si son opposition était accueillie, la demanderesse deviendrait effectivement titulaire d'un droit de propriété exclusif sur le mot «cola».

En l'espèce, les sociétés Johnson réclament ce qu'on a ainsi jugé que personne ne peut avoir: un droit de propriété exclusif sur le mot «off» employé pour désigner un insectifuge.

Dans l'arrêt *General Motors Corp. c. Bellows*⁶, où cette Cour a confirmé un jugement concluant à l'invalidité de l'enregistrement de la marque de commerce «Frigidaire» parce qu'elle est une description, le juge Rand a dit (aux pp. 688 et 689):

[TRADUCTION] ... M^e Robinson prétend que le mot «Frigidaire» employé dans ce sens ne décrit pas la «nature» de l'article, mais je dois dire que je n'en conçois aucun autre qui y parviendrait mieux. Dans notre maîtrise de l'environnement, nous avons accordé beaucoup d'importance à la nourriture et à sa conservation, la façon la plus importante d'y parvenir consistant à la préserver contre les températures élevées. Quel est l'essentiel du concept de réfrigérateur? Sans aucun doute c'est l'air froid pour la conservation des denrées; pas le mode particulier de fonctionnement mais l'effet lui-même qui est la caractéristique fonctionnelle de l'appareil; tout le reste est implicite. Il est évident que l'air froid doit être maintenu dans un contenant mais c'est le résultat qui compte, peu importe comment on y parvient. S'il faut en faire la preuve, les documents produits en l'espèce suffisent. Ils révèlent que quarante-cinq noms ont été utilisés par cette industrie parmi lesquels on retrouve: «Iced-Aire», «Frigice», «North-Eaire», «Frost-air», «Airegard», «Sanidaire», «Coolair» et «Friguator». Ainsi les deux éléments du mot composé semblent avoir une certaine popularité et cela doit être imputable à leur

⁶ [1949] R.C.S. 678.

affidavit of Shannon asserts that the company has taken successful proceedings against the use of "Ideal-Aire", "Filtaire", "Gouvernaire"; and with a similar exclusiveness of adjectives signifying coldness in combinations, the company would have successfully withdrawn from use virtually the entire group of the most apt and descriptive words for this class of goods.

These observations apply with even greater force to Johnson's attempt to monopolize the word "off" with reference to insect repellents. They did not start with "BUGZOFF" to which someone else had already laid claim. They sought to appropriate the most meaningful part of that combination. Now that it has been abandoned by the firm which had registered it in 1946, they are trying to prevent the use of that same combination by a competitor selling the same product in different form, that is an impregnated cloth instead of a liquid, foam or aerosol. There is clearly no substantial difference between "BUGZOFF" and respondent's "Bugg Off", and insecticides cannot be considered as being in a different category of wares.

Out of the many trade mark cases denying valid registration by reason of the descriptive character of an elliptical expression, the following appear worthy of special mention.

In *Keystone Knitting Mills Ld App.*⁷, "Charm" disallowed for hosiery. "... one has to look at the word ..., not in its strict grammatical significance, but as it would represent itself to the public at large ..." (Per Lord Hanworth M.R. at p. 426).

In *National Machinery Coy's App.*⁸, "Dex" rejected for bolts as meaning "deck bolts".

In *Minnesota Mining & Manufacturing Co. App.*⁹, (Jenkins J.) "Scotchlite" disapproved for light-reflecting materials.

⁷ (1928), 45 R.P.C. 421 (C.A.)

⁸ (1941), 58 R.P.C. 128 (C.A.)

⁹ (1948), 65 R.P.C. 229.

emploi courant. On semble revendiquer le droit exclusif d'utiliser le mot «aire». D'après l'affidavit de Shannon, la compagnie a eu gain de cause dans les procédures où elle se plaignait de l'emploi des noms: «Ideal-Aire», «Filtaire», «Gouvernaire». Avec un tel droit exclusif d'utiliser les adjectifs qui, employés dans un mot composé, ont une connotation de froid, la compagnie réussirait à empêcher effectivement l'emploi de toute une série de mots appropriés et descriptifs pour ce genre de marchandises.

Ces observations s'appliquent encore mieux à la tentative des sociétés Johnson de monopoliser le mot «off» pour les insectifuges. Au départ, elles ont laissé de côté «BUGZOFF» qu'un autre avait déjà réclamé, mais pour tenter de s'en approprier l'élément le plus significatif. Maintenant que la société qui en avait demandé l'enregistrement en 1946 a abandonné cette marque, elles tentent d'empêcher l'utilisation de la même combinaison de mots par un concurrent qui vend un produit identique au leur mais présenté de façon différente (c.-à-d. sous forme d'un chiffon imprégné, au lieu d'un liquide, d'une mousse ou d'un aérosol). Il n'existe évidemment pas de différence appréciable entre la marque «BUGZOFF» et la marque «Bugg Off» utilisée par l'intimée et on ne peut pas dire que les insecticides et les insectifuges sont dans des catégories différentes de marchandises.

Parmi l'abondante jurisprudence sur le refus d'enregistrement de marques de commerce au motif qu'elles constituent une description elliptique, les décisions suivantes méritent d'être citées:

Dans *Keystone Knitting Mills Ld App.*⁷, on a refusé le mot «Charm» pour désigner de la bonneterie. [TRA-DUCTION] «... il faut considérer le mot ..., non pas dans son simple sens grammatical, mais d'après ce qu'il signifie pour le public en général ...» (lord Hanworth M.R., à la p. 426).

Dans *National Machinery Coy's App.*⁸, on a refusé le mot «Dex» pour des boulons parce qu'il signifie des boulons de pont («deck bolts»).

Dans *Minnesota Mining & Manufacturing Co. App.*⁹, (J. Jenkins), on a refusé le mot «Scotchlite» pour des réflecteurs.

⁷ (1928), 45 R.P.C. 421 (C.A.)

⁸ (1941), 58 R.P.C. 128 (C.A.)

⁹ (1948), 65 R.P.C. 229.

In *Cabin Crafts Inc's App.*¹⁰, (Lloyd-Jacob J.) "Needletuft" refused for knitted fabrics and carpets.

In *Colgate-Palmolive Coy.'s App.*¹¹, (Lloyd-Jacob J.) "Brisk" denied for dentifrices.

In *T.A.D. Avanti, Inc. v. Phone-Mate, Inc.*¹², "Vox" held descriptive in respect of telephone answering units as meaning "voice actuated".

Counsel for the respondent referred to *Registrar of Trade Marks v. Hardie*¹³ where this Court held that "Super-Weave" was a laudatory epithet of such common use that it could never become "adapted to distinguish" the wares of a particular trader. This is a question that does not arise in the view I am taking of this case.

I must however deal briefly with the objection founded on the prior registration of "BUGZOFF". The basis on which the Registrar nevertheless allowed the registration of "OFF!" appears from a letter written to him on July 8, 1957 by Johnson's agent in which the latter says:

I refer to my recent discussion with you with respect to the Examiner's citation of the mark BUGZOFF against the application herein and as arranged I am writing to confirm my verbal comments to you.

The mark BUGZOFF is completely dominated by its first syllable which not only has a very definite meaning but whether seen or spoken is so prominent that one barely realizes that the suffix exists.

I submit that the registrant of BUGZOFF in no way has a registration to give such broad protection as to include an exclusive use of the word OFF. In this regard I refer you to consistent practice where you have allowed marks containing the suffix GLO notwithstanding the registered trade mark consisting of the word GLO.

In our discussions you advised that upon the filing of this written summary of my verbal comments the application would be allowed for advertisement. Accordingly, I enclose my firm's cheque payable to the Receiver General of Canada for \$15 in payment of the advertising fee and request that the application be advertised.

Dans *Cabin Crafts Inc's App.*¹⁰ (J. Lloyd-Jacob), on a refusé le mot «Needletuft» pour des tricots et tapis.

Dans *Colgate-Palmolive Coy.'s App.*¹¹ (J. Lloyd-Jacob), on a refusé le mot «Brisk» pour un dentifrice.

Dans *T.A.D. Avanti v. Phone-Mate, Inc.*¹², on a jugé, relativement à un secrétariat téléphonique, que le mot «Vox» est descriptif en ce qu'il signifie «mis en marche par la voix».

L'avocat de l'intimée a cité l'arrêt *Registrar of Trade Marks c. Hardie*¹³ où cette Cour a jugé que le mot «Super-Weave» est un adjectif qualificatif employé si couramment qu'il ne pourra jamais être «adapté à distinguer» les marchandises d'un commerçant en particulier. Ce n'est pas un point à considérer en l'espèce comme je vois l'affaire.

Je dois cependant m'arrêter à l'objection qui découle de l'enregistrement antérieur de «BUGZOFF». L'extrait suivant d'une lettre écrite au registraire par l'agent de Johnson le 8 juillet 1957 fait connaître la raison pour laquelle le registraire a permis l'enregistrement du mot «OFF!»:

[TRADUCTION] Comme suite à notre récente discussion sur la mention par l'examineur de la marque BUGZOFF à l'encontre de la présente demande, je formule par écrit les observations que je vous ai faites.

La marque BUGZOFF est entièrement dominée par la première syllabe qui, en plus d'avoir un sens bien précis, est tellement préminente, à la lecture comme à la prononciation, qu'elle fait oublier le suffixe.

Je vous prie de considérer que l'enregistrement de la marque BUGZOFF n'accorde pas le monopole du mot OFF. A cet égard, je vous rappelle votre pratique constante de permettre l'enregistrement de marques où l'on trouve le suffixe GLO malgré l'enregistrement de la marque de commerce GLO.

Au cours de nos discussions, vous m'avez indiqué que dès que vous recevrez un résumé écrit de mes observations verbales, vous permettrez la publication de l'annonce de la demande. En conséquence, vous trouverez ci-joint un chèque de \$15 fait à l'ordre du Receveur général du Canada pour payer les frais d'annonce et je vous prie de faire la publication.

¹⁰ (1955), 72 R.P.C. 333.

¹¹ [1957] R.P.C. 25.

¹² (1978), 199 USPQ 648 (Cal. District Court).

¹³ [1949] S.C.R. 483.

¹⁰ (1955), 72 R.P.C. 333.

¹¹ [1957] R.P.C. 25.

¹² (1978), 199 USPQ 648 (Cour de district de la Californie).

¹³ [1949] R.C.S. 483.

It appears to me that the Johnsons are now in a dilemma. In order to succeed on their claim for infringement they must under s. 20 establish that respondent's use of "Bugg Off" is confusing. On the other hand, by virtue of para. 12(1)(d) "OFF!" was not validly registered if confusing with "BUGZOFF". As I have already said, there is no substantial difference between "BUGZOFF" and "Bugg Off", and insecticides cannot be considered as in a different category of wares from insect repellents. The fact that "BUGZOFF" has been abandoned cannot alter that situation. If it was not confusing with "OFF!" because it was completely dominated by "BUG" this must be equally true of "Bugg Off". As I have already noted we are in this case dealing with registrability at the date of registration, not with distinctiveness acquired by use.

Both courts below found against any claim for passing-off or infringement of common law rights and there is no reason to reconsider those concurrent findings.

I would therefore dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Honeywell, Wotherspoon, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Gowling & Henderson, Ottawa.

A mon avis, les appelantes sont maintenant dans un dilemme. Pour avoir gain de cause dans leur action pour contrefaçon de leur marque de commerce, elles doivent, en vertu de l'art. 20, établir que l'emploi de «Bugg Off» par l'intimée crée de la confusion. Mais, en vertu de l'al. 12(1)d), l'enregistrement de la marque «OFF!» est invalide si elle crée une confusion avec la marque «BUGZOFF». Comme je l'ai déjà dit, il n'y a pas de différence appréciable entre «BUGZOFF» et «Bugg Off» et on ne peut pas considérer que les insecticides et les insectifuges sont dans des catégories différentes de marchandises. L'abandon de la marque «BUGZOFF» n'y change rien. Si elle ne créait pas de confusion avec «OFF», parce qu'elle mettait l'accent sur la syllabe «BUG», il doit en être de même pour «Bugg Off». Comme je l'ai déjà souligné, il s'agit en l'instance uniquement du caractère enregistrable de la marque au moment de l'enregistrement et non d'un caractère distinctif acquis par l'usage.

Les deux tribunaux d'instance inférieure ont rejeté l'action pour *passing-off* ou violation de droits de *common law* et il n'y a pas lieu de reconsidérer ces conclusions concordantes.

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

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes: Honeywell, Wotherspoon, Ottawa.

Procureurs de l'intimée: Gowling & Henderson, Ottawa.

Northern Telecom Limited *Appellant*;

and

Communications Workers of Canada
Respondent;

and

David P. Thompson et al. *Intervenors*;

and

The Canada Labour Relations Board
Tribunal.

1978: November 15; 1979: June 28.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey and Pratte JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Labour relations — Jurisdiction of the Canada Labour Relations Board — Absence of evidence on the constitutional facts — British North America Act, ss. 91, 92(10)(a) — Canada Labour Code, R.S.C. c. L-1, ss. 2, 108.

On April 22, 1976, the Canada Labour Relations Board (the "Board") certified the Communications Workers of Canada (the "Union") as bargaining agent for the employees of Northern Telecom Limited ("Telecom") working as supervisors in its Western Region Installation Department. At the proceedings, Telecom did not directly contest the jurisdiction of the Board, stating it reserved its rights on that constitutional issue. Though no evidence was directed to the question of jurisdiction, the Board referred to the long history of the earlier certifications for the installers and held that Telecom's Installation Department at least was excluded by s. 92(10)(a) of the *B.N.A. Act* from provincial jurisdiction. Therefore, the Board had jurisdiction and the supervisors were employees within the meaning of the *Canada Labour Code*. Telecom unsuccessfully brought a section 28 application to set aside the order of the Board before the Federal Court of Appeal. Leave to appeal to this Court was granted on the question of whether the employees of Telecom are employed upon or in connection with the operation of any federal work, undertaking or business, within the meaning of the Code.

Held: The appeal should be dismissed.

Northern Telecom Limitée *Appelante*;

et

Les Travailleurs en communication du Canada *Intimé*;

et

David P. Thompson et al. *Intervenants*;

et

Le Conseil canadien des relations du travail
Tribunal.

1978: 15 novembre; 1979: 28 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Relations de travail — Compétence du Conseil canadien des relations du travail — Absence de preuve relativement aux faits constitutionnels — Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 91, 92(10)a — Code canadien du travail, S.R.C. chap. L-1, art. 2, 108.

Le 22 avril 1976, le Conseil canadien des relations du travail (le «Conseil») a accrédité les Travailleurs en communication du Canada (le «Syndicat») à titre d'agent négociateur des employés de Northern Telecom Limitée («Telecom») travaillant comme surveillants pour son service d'installation de la région de l'ouest. Au cours des procédures, Telecom n'a pas directement contesté la compétence du Conseil, affirmant qu'elle s'en réservait cependant tous les droits. Même si la question de la compétence n'a pas fait l'objet d'une preuve, le Conseil a fait l'historique des premières accréditations concernant les installateurs et a conclu que le service de l'installation de la compagnie, pour sa part du moins, est exclu de la compétence provinciale en vertu de l'al. 92(10)a de l'*A.A.N.B.* Par conséquent, le Conseil est compétent et les surveillants sont des employés au sens du *Code canadien du travail*. Telecom a présenté devant la Cour d'appel fédérale une demande visant à faire annuler, conformément à l'art. 28, l'ordonnance du Conseil; mais cette demande a été rejetée. La demande d'autorisation d'interjeter un pourvoi devant cette Cour a été accordée sur la question de savoir si les employés de Telecom sont employés dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise, affaire ou ouvrage de compétence fédérale ou relativement à celle-ci au sens du Code.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Even if the Federal Court of Appeal appears to have treated the jurisdictional issue as one of judicial review of an administrative board, the answer to the question posed is found in principles governing the constitutional division of authority over labour relations. By section 108, the Board has jurisdiction with respect to persons employed on federal works, undertakings or businesses, as defined in s. 2 of the Code. To determine the constitutional issues, it is clear that certain kinds of 'constitutional facts' are required. Among these are:

- (1) the general nature of Telecom's operation as a going concern and, in particular, the role of the installation department within that operation;
- (2) the nature of the corporate relationship between Telecom and the companies that it serves, notably Bell Canada;
- (3) the importance of the work done by the installation department of Telecom for Bell Canada as compared with other customers;
- (4) the physical and operational connection between the installation department of Telecom and the core federal undertaking within the telephone system.

In determining whether a particular subsidiary operation forms an integral part of the federal undertaking, the judgment is functional and practical, emphasizing the factual character of the ongoing undertaking. To ascertain the nature of the operation, one must assess the normal or habitual activities of the business, which calls for a fairly complete set of factual findings. Here, there is some question as to the presence of both federal and provincial undertakings, requiring careful consideration of the connection between this subsidiary operation and the core undertakings. It is clear from the record that there is a near-total absence of relevant and material constitutional facts upon which such a delicate judgment must be made. Absent these facts, this Court would be ill-advised to essay to resolve the constitutional issue. Furthermore, Telecom did not apply to the Court, pursuant to Rule 17 of the *Supreme Court Rules* for the purpose of having a constitutional question stated. As Telecom effectively deprived a reviewing court of the necessary constitutional facts upon which to reach any valid conclusion on the constitutional issue, the matter will not be referred back to the Board to hear evidence. This Court being in no position to give a definite answer to the constitutional issue, that question awaits another day and the appeal is dismissed simply on the basis that the appellant Telecom has failed to show reversible error on the part of the Board.

Même si la Cour d'appel fédérale semble avoir considéré la question de compétence comme une question de contrôle judiciaire d'un organisme administratif, la réponse à la question posée dépend des principes régissant le partage constitutionnel des compétences en matière de relations de travail. Aux termes de l'art. 108, la compétence du Conseil s'étend aux personnes qui travaillent pour des entreprises, affaires ou ouvrages fédéraux, au sens de l'art. 2 du Code. Il est clair que certains faits sont décisifs sur la question constitutionnelle. Il s'agit notamment:

- (1) de la nature générale de l'exploitation de Telecom en tant qu'entreprise active et, en particulier, du rôle du service de l'installation dans cette exploitation;
- (2) de la nature du lien entre Telecom et les sociétés avec lesquelles elle fait affaires, notamment Bell Canada;
- (3) de l'importance du travail effectué par le service de l'installation de Telecom pour Bell Canada, en comparaison avec ses autres clients;
- (4) du lien matériel et opérationnel entre le service de l'installation de Telecom et l'entreprise fédérale principale dans le réseau téléphonique.

La décision par laquelle on détermine si une exploitation accessoire fait partie intégrante de l'entreprise fédérale doit être un jugement fonctionnel et pratique, mettant l'accent sur le caractère véritable de l'entreprise active. Pour déterminer la nature de l'exploitation, il faut évaluer les activités normales ou habituelles de l'affaire, ce qui exige des conclusions de fait assez complètes. En l'espèce, le litige porte sur des entreprises à la fois fédérales et provinciales, nécessitant une analyse attentive du lien entre l'exploitation accessoire et l'exploitation principale. La lecture du dossier révèle l'absence quasi totale de preuve concernant les faits pertinents, nécessaires à la solution d'un litige aussi délicat. Vu l'absence de preuve de ces faits, cette Cour serait malavisée de tenter de résoudre la question d'ordre constitutionnel. De plus, Telecom n'a pas demandé que la question constitutionnelle soit arrêtée en conformité de la Règle 17 des *Règles de la Cour suprême*. Puisque Telecom a effectivement privé la Cour siégeant en révision de la preuve des faits essentiels pour parvenir à une conclusion valable sur la question constitutionnelle, l'affaire ne sera pas renvoyée au Conseil pour qu'il entende des témoignages. Cette Cour n'étant pas en mesure de trancher nettement la question constitutionnelle, ce sera pour une autre fois et le pourvoi est rejeté pour l'unique motif que l'appellante, Telecom, n'a pas réussi à démontrer que le Conseil avait commis une erreur donnant lieu à l'annulation de sa décision.

R. v. Ontario Labour Relations Board, Ex parte Northern Electric Co. Ltd., [1970] 2 O.R. 654, appeal quashed [1971] 1 O.R. 121; *Jacmain v. Attorney General of Canada et al.*, [1978] 2 S.C.R. 15; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Arrow Transfer Co. Ltd.*, [1974] 1 Can. L.R.B.R. 29; *Capital Cities Communications Inc. v. C.R.T.C.*, [1978] 2 S.C.R. 141; *Public Service Board v. Dionne*, [1978] 2 S.C.R. 191; *City of Toronto v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52; *Quebec Minimum Wage Commission v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney-General for British Columbia*, [1950], A.C. 122; *In re the validity of the Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529; *Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers*, [1975] 1 S.C.R. 178 referred to.

APPEAL from a decision of the Federal Court of Appeal¹ dismissing an application to set aside an order of the Canada Labour Relations Board. Appeal dismissed.

William S. Tyndale, Q.C., and *Robert Monette*, for the appellant.

Aubrey E. Golden and *Maurice Green*, for the respondent, Communications Workers of Canada.

George Hynna, for the Canada Labour Relations Board.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—On April 22, 1974, over five years ago, the Communications Workers of Canada (the “Union”) applied to the Canada Labour Relations Board (the “Board”) for certification in respect of a unit comprising some 148 employees of Northern Telecom Limited (formerly Northern Electric Company Limited) (“Telecom”). The proposed bargaining unit comprised:

all employees of Northern Telecom Limited working in its Western Region Installation Department as supervisors.

The Board found that the supervisors were employees within the meaning of the *Canada Labour Code*, that the proposed unit was appropriate for collective bargaining and that the majority

¹ [1977] 2 F.C. 406.

Jurisprudence: *R. v. Ontario Labour Relations Board, Ex parte Northern Electric Co. Ltd.*, [1970] 2 O.R. 654, appel cassé [1971] 1 O.R. 121; *Jacmain c. Procureur général du Canada et autre*, [1978] 2 R.C.S. 15; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Arrow Transfer Co. Ltd.*, [1974] 1 Can. L.R.B.R. 29; *Capital Cities Communications Inc. c. C.R.T.C.*, [1978] 2 R.C.S. 141; *Régie des services publics c. Dionne*, [1978] 2 R.C.S. 191; *City of Toronto v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52; *Commission du Salaire minimum c. Bell Canada*, [1966] R.C.S. 767; *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney-General for British Columbia*, [1950] A.C. 122; *In re la validité de la Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail*, [1955] R.C.S. 529; *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 178.

POURVOI à l'encontre d'une décision de la Cour d'appel fédérale¹ qui a rejeté une demande en vue de faire annuler une ordonnance du Conseil canadien des relations du travail. Pourvoi rejeté.

William S. Tyndale, c.r., et *Robert Monette*, pour l'appelante.

Aubrey E. Golden et *Maurice Green*, pour l'intimé, Travailleurs en communication du Canada.

George Hynna, pour le Conseil canadien des relations du travail.

Version française du jugement de la cour rendu par

LE JUGE DICKSON—Le 22 avril 1974, il y a plus de cinq ans, le syndicat, les Travailleurs en communication du Canada, a demandé au Conseil canadien des relations du travail (le «Conseil») son accréditation pour une unité de 148 employés de Northern Telecom Limitée (antérieurement la Compagnie Northern Electric Limitée) («Telecom»). L'unité de négociation proposée comprend: «tous les superviseurs de Northern Telecom Ltée qui travaillent pour son service d'installation de la région de l'ouest.»

Le Conseil a conclu que les surveillants étaient des employés au sens du *Code canadien du travail*, que l'unité proposée était habile à négocier collectivement et que la majorité des employés faisant partie

¹ [1977] 2 C.F. 406.

of the employees constituting the unit wished to have the Union represent them as their bargaining agent. By an order of the Board, dated April 22, 1976, the Union was certified as bargaining agent for the employees in the unit.

At first glance, this would appear to be a routine application for certification. But the subsequent judicial history of this appeal has proven to be far from routine and its resolution puts the Court in an unusual and difficult dilemma. In no small part, this can be attributed to the strange position taken by Telecom in the proceedings. In order to understand how the situation arose, it is necessary to recount the history of this case—the positions of the parties before the Board, the proceedings before the Board, the Board's decision and the disposition of the section 28 application to the Federal Court of Appeal.

THE POSITIONS OF THE PARTIES BEFORE THE BOARD

All of the employees in the proposed bargaining unit work in that part of Canada lying to the west of Telecom's "Brighton Line", a line drawn north from the town of Brighton in the province of Ontario, which Telecom employs to divide the country into two regions for internal administrative purposes. The installers in this Western Region are covered by a collective agreement in which Telecom voluntarily recognized the same union, the Communications Workers of Canada, as bargaining agent for the installers. By the application which is the subject of the present proceedings, the Union sought certification as bargaining agent for the supervisors of these installers.

In its reply to the Union's application, the employer, then known as The Northern Electric Company Limited, stated that its business was that of designing, manufacturing and selling communications systems and equipments and of installing communications systems and equipments, throughout Canada and other parts of the world. The application was opposed principally on the ground that the proposed bargaining unit was not an appropriate unit for purposes of collective bargaining and further, that the supervisors per-

de l'unité voulaient que le syndicat les représente à titre d'agent négociateur. En conséquence, le 22 avril 1976, le Conseil a rendu une ordonnance accordant au syndicat le titre d'agent négociateur des employés faisant partie de l'unité.

A première vue, il s'agit d'une simple requête en accréditation. Mais l'histoire judiciaire subséquente de ce pourvoi est plutôt exceptionnelle et sa solution place la Cour devant un dilemme inhabituel et complexe. L'attitude de Telecom au cours des procédures est loin d'être étrangère à cette situation. Afin de comprendre comment les parties en sont arrivées là, il convient de relater chronologiquement les étapes de cette affaire—les positions des parties devant le Conseil, les procédures devant lui, sa décision et le jugement de la Cour d'appel fédérale relativement à la demande présentée en vertu de l'article 28.

LES POSITIONS DES PARTIES DEVANT LE CONSEIL

Tous les employés faisant partie de l'unité de négociation proposée travaillent dans une partie du Canada située à l'ouest de la «ligne Brighton» de Telecom, une ligne tirée vers le nord à partir de la ville de Brighton (Ontario), dont Telecom se sert pour diviser le pays en deux régions pour fins d'administration interne. Les installateurs travaillant dans la région de l'ouest sont assujettis à une convention collective dans laquelle Telecom a volontairement reconnu le même syndicat, les Travailleurs en communication du Canada, à titre d'agent négociateur des installateurs. Par la requête qui fait l'objet des présentes procédures, le syndicat demande son accréditation comme agent négociateur des surveillants de ces installateurs.

Dans sa réponse à la requête du syndicat, l'employeur, alors connu sous le nom de Compagnie Northern Electric Limitée, déclare qu'il conçoit, fabrique, vend et installe des réseaux et du matériel de communication dans tout le Canada et dans d'autres parties du monde. La requête est essentiellement contestée parce que l'unité de négociation proposée ne constitue pas une unité habile à négocier collectivement et, en outre, parce que les surveillants exercent des fonctions de direction et ne sont donc pas des «employés» au sens du *Code*

formed management functions and were not "employees" within the meaning of the *Canada Labour Code*. Paragraph 15 of Telecom's reply reads in part:

15. The present application has been filed with your Honourable Board only because the applicant knows that it cannot be certified for this group by a provincial Board . . .

In his opening statement before the Board Mr. Golden, counsel for the Union, alluded to paragraph 15 of the reply which, he said, raised inferentially, but not directly, a constitutional issue. He said:

I would like to dispose of that to know whether, in fact, the respondent accepts the jurisdiction of this Board to here entertain this application on the basis of the constitution governing this country and if so, we will not have to deal with that any further. As I say, it has not been raised directly.

At the conclusion of his preliminary statement Mr. Golden returned again to the question whether the employer was advancing any constitutional challenge to the jurisdiction of the Board.

First and of course, the most important area is whether to know or not the respondent challenges the constitutional jurisdiction because without that unless that is beside it I don't think we can go very much further.

Mr. Monette, counsel for Telecom, at the outset of his preliminary statement said:

Well, Mr. Chairman and Members of the Board, with your permission I will address myself to one question which has been raised now on two occasions by my learned friend. Which he quotes as a constitutional issue. You will notice, from the reply of the respondent, there is no specific allegation where it is suggested that this Board does not have jurisdiction and if this were to be the respondent's opinion, it would be clearly stated in one or more paragraphs in the reply and there is nothing to that in the reply. May I state the following. Although the respondent does not and will not contest this Board's jurisdiction to hear the case and adjudge on its merits, I still don't want to leave my confrère under the impression and he knows that quite well, as much as I do, that the sole fact of one or more parties agreeing or suggesting that you have jurisdiction entails an immediate jurisdiction on the part of this Board and I just don't want to leave the impression that therefore it is a final

canadien du travail. Le paragraphe 15 de la réponse de Telecom se lit comme suit:

[TRADUCTION] 15. Le requérant s'est adressé au Conseil canadien des relations du travail seulement parce qu'il savait ne pas pouvoir obtenir son accréditation d'une commission provinciale . . .

Dans ses remarques préliminaires devant le Conseil, M^e Golden, l'avocat du syndicat, a fait allusion au paragraphe 15 de la réponse en disant que celui-ci soulevait, par déduction et non directement, une question d'ordre constitutionnel. Il a déclaré:

[TRADUCTION] Je voudrais savoir si, en réalité, l'intimée reconnaît que le Conseil, suivant la constitution de notre pays, est compétent pour entendre la présente requête et, si c'est le cas, il ne sera pas nécessaire de nous étendre plus longtemps sur le sujet. Comme je l'ai dit, cette question n'est pas soulevée directement.

A la fin de ses remarques préliminaires, M^e Golden s'est à nouveau demandé si l'employeur contestait la compétence constitutionnelle du Conseil.

[TRADUCTION] Tout d'abord, il est très important de savoir si l'intimée conteste la compétence constitutionnelle car si c'est le cas, je ne pense pas que nous puissions aller beaucoup plus loin.

M^e Monette, l'avocat de Telecom, a déclaré au début de ses remarques préliminaires:

[TRADUCTION] M. le Président et MM. les Membres du Conseil, je voudrais, avec votre permission, traiter d'une question soulevée à deux reprises par mon confrère. Il prétend qu'il s'agit d'une question constitutionnelle. Vous remarquerez, à la lecture de la réponse de l'intimée, qu'elle ne prétend nulle part que le Conseil n'est pas compétent et, si c'était son opinion, l'intimée l'aurait clairement allégué dans un ou plusieurs paragraphes de sa réponse. Or ce n'est pas le cas. Puis-je ajouter ceci. Même si l'intimée ne conteste pas et ne contestera pas la compétence du Conseil pour entendre cette requête et la trancher sur le fond, je tiens à ne pas donner à mon collègue l'impression—et il le sait aussi bien que moi—que le simple fait qu'une partie ou plus la reconnaissent donne automatiquement compétence au Conseil; je ne veux pas laisser l'impression que cette question est réglée. L'intimée ne contestera pas la compétence du Conseil, mais je tiens néanmoins à préciser

and closed case. This respondent will not contest this Board's jurisdiction, but I still want to underline the fact that obviously you have the jurisdiction which is defined in the Act and still it is my suggestion, humble suggestion, that there is going to have to be an assumption on your part of the jurisdiction somehow or another based on facts. The only question I am saying is that even if I were to agree that you have jurisdiction, I don't think that this creates law as far as this board is concerned. So, I hope this answers my confrère's queries, on two occasions, on this. Once again stated we will not contest this Board's jurisdiction.

It will be observed that counsel stated, and repeated, that the employer did not contest the jurisdiction of the Board.

THE PROCEEDINGS BEFORE THE BOARD

The hearing continued for six days. The testimony and exhibits fill thirteen volumes. Most of the evidence was directed to the central issue of whether the supervisors performed management functions. That evidence exposed the internal operating procedures and hierarchy of Telecom, focusing upon the intricacies of the relationships between the supervisors and the installers beneath them, and between the supervisors and the various management personnel from the district managers on up through the departmental establishment. Only a trifle of the evidence could be said to have been directed to constitutional concerns or to be of relevance in resolving any such concerns.

As has been indicated, counsel for the Union attempted at the opening of the hearing to obtain some clarification as to the confusing stance of Telecom, but without success. In final argument, counsel for Telecom only added to the obfuscation when he said:

The Company has stated its position on the constitutional issue in this case, and it only wishes to reiterate that it reserves all its rights to contest eventually with respect to constitutional grounds.

Mr. Golden was driven to make this statement on behalf of the Union at the opening of his argument to the Board:

Firstly, I was not aware, except from having read the reply, that there was a serious constitutional issue in this case and it is not my opinion that there is now. My

qu'il est évident que vous avez la compétence que vous confère la Loi et, avec déférence, je prétends que vous devrez présumer que les faits vous donnent compétence. Bref, même si je vous dis que je reconnais votre compétence, je ne crois pas que cette reconnaissance soit créatrice de droit en ce qui vous concerne. J'espère que cela répond aux questions que mon confrère s'est posées à deux reprises. Je le répète, nous ne contesterons pas la compétence du Conseil.

Je tiens à souligner que l'avocat a précisé et répété que l'employeur ne contestait pas la compétence du Conseil.

LES PROCÉDURES DEVANT LE CONSEIL

L'audition a duré six jours. Les dépositions et les pièces sont reproduites en treize volumes. La preuve a en grande partie porté sur la principale question de savoir si les surveillants exerçaient des fonctions de direction. On y a donc traité des procédures de fonctionnement interne et des structures hiérarchiques de Telecom et, plus précisément, de la complexité des relations entre les surveillants et les installateurs relevant d'eux et entre les surveillants et le personnel de gestion, les chefs de district et cadres supérieurs du service. Seule une infime partie de la preuve porte sur la question constitutionnelle et pourrait servir à la résoudre.

Comme je l'ai indiqué, l'avocat du syndicat a demandé des explications, au début de l'audition, au sujet de la position équivoque de Telecom, mais il n'a pas eu de succès. A la clôture des plaidoiries, l'avocat de Telecom n'a qu'ajouté à la confusion lorsqu'il a déclaré:

[TRADUCTION] «La Compagnie a déjà fait état de sa position sur la question constitutionnelle dans la cause sous étude et veut seulement rappeler qu'elle se réserve tous les droits de contester éventuellement la compétence constitutionnelle du Conseil.»

Parlant au nom du syndicat, M^e Golden a fait la déclaration suivante au début de sa plaidoirie devant le Conseil:

[TRADUCTION] Premièrement, je ne savais pas, sauf d'après la lecture de la réponse, que la présente affaire soulevait une importante question constitutionnelle et je

friend has reserved the respondent's rights to contest, eventually, with respect to the constitutional area and it's always been my understanding that with administrative law and practice, that the proper procedure is to give the tribunal, whose constitutional authority may be questioned, an opportunity to adjudicate on that question, itself, in order to determine whether or not it will assume jurisdiction. My friend, on a couple of occasions, has been invited to determine, to indicate, whether the matter is going to be raised or not, whether it will be left lying or will be seriously considered. He refused to abandon the position and invites this Board, in effect, to exercise its power to decide that it has jurisdiction, without the benefit of hearing evidence on the question of his jurisdiction and without the benefit of having had argument on its jurisdiction. Now, I point this out because I am, of course, inviting the Board to assume jurisdiction and to go on, hopefully, to certify and if my friend chooses to contest, at that point, I would like it clearly on the record, that the [employer] at no time has presented evidence or legal argument which would indicate that the Board did not have constitutional jurisdiction. I realize that the Board cannot, by its own decision, give itself constitutional jurisdiction where it did not have it.

THE DECISION OF THE BOARD

The Board held against Telecom on all counts. It found that the supervisors were employees within the meaning of the *Canada Labour Code*, that the proposed unit was appropriate for collective bargaining and that the majority of the employees constituting the unit wished to have the Union represent them as their bargaining agent. None of these matters remains in controversy. The only point of continuing consequence is paragraph (a) of the Board's decision which states that the Board has:

- (a) found that the employer and supervisors concerned are engaged upon a work, undertaking or business to which the *Canada Labour Code* applies;

The decision of the Board is a lengthy document in which all of the salient points are carefully reviewed. The earlier certification proceedings are also recounted.

As Mr. Monette, counsel for Telecom, noted during his closing argument, there is a long history of certification for the installers, East and West,

ne pense pas que ce soit le cas. Mon confrère s'est réservé le droit de soulever la question constitutionnelle ultérieurement; à mon avis, la seule façon de procéder, en conformité des principes de droit administratif, est de donner au tribunal dont la compétence constitutionnelle est contestée l'occasion de se prononcer sur cette question et de juger s'il est compétent ou non. A quelques reprises, mon confrère a été invité à préciser s'il entendait soulever cette question, la laisser dormir ou la débattre sérieusement. Il a refusé de le faire mais, en réalité, il demande au Conseil d'exercer son pouvoir de décider s'il a compétence sans le bénéfice de témoignages et d'une argumentation sur cette question. Je le signale parce que, en conclusion, j'invite le Conseil à reconnaître sa compétence et à accréditer mon client et si mon confrère décide, à cette étape, de soulever le problème constitutionnel, je voudrais qu'il soit clairement inscrit au dossier que [l'employeur] n'a présenté aucune preuve ou plaidoirie étayant la thèse de l'absence de compétence du Conseil. En revanche, il est clair que le Conseil ne peut s'attribuer une compétence constitutionnelle qu'il n'a pas.

LA DÉCISION DU CONSEIL

Le Conseil a rejeté tous les arguments de Telecom. Il a conclu que les surveillants étaient des employés au sens du *Code canadien du travail*, que l'unité proposée était habile à négocier collectivement et que la majorité des employés faisant partie de l'unité voulaient que le syndicat les représente à titre d'agent négociateur. Ces questions ne sont plus contestées. Le seul point encore en litige est exposé au paragraphe a) de la décision du Conseil selon lequel ce dernier:

- a) a constaté que l'employeur et les surveillants en cause travaillent à une entreprise, affaire ou ouvrage auquel s'applique le *Code canadien du travail*;

La décision du Conseil est un document exhaustif dans lequel tous les points saillants sont attentivement examinés. On y fait également état des procédures d'accréditation antérieures.

Comme l'a souligné M^e Monette, l'avocat de Telecom, à la clôture des plaidoiries, l'accréditation des installateurs des régions de l'Est et de

though not, of course, for the supervisors. Mr. Monette said:

There is no prior history of organization within the group of supervisors, may (sic) they East or West, however, there is an obvious long history of certification still in existence for the Installers, East and West. Ever since the 1940's, there has been a certification in the Province of Quebec and there has been a certification in the Province of Ontario. There has never emanated a Federal certification on account of lack of jurisdiction. However, in 1970, there were two cases that were brought in front of civil courts, one in the province of Quebec and one in the province of Ontario. And obviously, you know that I am referring to the judgment of Monsieur le juge Lacourcière of the Supreme Court of Ontario, 1970, I think Mr. Chairman indicated that there were already copies in the file, in the Board's file, of that decision.

Mr. Monette dealt at length with the judgment of Mr. Justice Lacourcière in *R. v. Ontario Labour Relations Board, Ex parte Northern Electric Co. Ltd.*² to which I will later return.

In its decision the Board detailed some of the history of the earlier certifications, which I will summarize:

1945—Installers in Eastern Region included in certification granted by Labour Relations Board of the Province of Quebec in a bargaining unit described as:

All non-supervisory hourly-rated employees in the Province of Quebec excluding watchmen and printing trades.

Later—Separate collective agreement negotiated by the employer with installers although they remained in same bargaining unit as all other hourly-rated employees who were, generally speaking, in the manufacturing operations of the Company.

1958—The Union organized the installers of the Western Region and applied to the Canada Labour Relations Board for certification. The application was contested on constitutional grounds and the Canada

l'Ouest, à la différence des surveillants, existait depuis longtemps. Il a déclaré:

[TRADUCTION] Le groupe des surveillants travaillant dans l'Est ou dans l'Ouest n'a jamais été accrédité auparavant; les installateurs de l'Est et de l'Ouest le sont depuis longtemps. Il faut remonter à 1940 pour constater qu'il y avait eu une accréditation au Québec et une en Ontario. A ce moment, il n'était pas question d'accréditation fédérale étant donné l'absence de compétence du fédéral. Or, en 1970, deux litiges ont été portés devant les tribunaux civils l'un au Québec, l'autre en Ontario. Je pense, bien sûr, au jugement du juge Lacourcière de la Cour suprême de l'Ontario, en 1970. M. le Président a indiqué qu'il y avait déjà des copies de cette décision dans le dossier du Conseil.

M^e Monette s'est longuement attardé au jugement du juge Lacourcière, *R. v. Ontario Labour Relations Board, Ex parte Northern Electric Co Ltd.*², auquel je reviendrai plus loin.

Dans sa décision, le Conseil fait état de l'histoire des premières accréditations dont voici le résumé:

1945—Les installateurs de l'Est sont compris dans une unité de négociation accréditée par la Commission des relations ouvrières du Québec et décrite comme suit:

[TRADUCTION] «Tous les employés non surveillants payés à l'heure de la province de Québec, à l'exclusion des gardiens et des employés des métiers de l'imprimerie».

Plus tard—L'employeur a négocié une convention collective distincte avec ses installateurs, même si ces derniers faisaient toujours partie de l'unité de négociation des employés payés à l'heure, dont la majorité travaillait à la fabrication.

1958—Le syndicat a regroupé en association les installateurs de l'Ouest et demandé son accréditation au Conseil canadien des relations ouvrières. La requête a été contestée pour des motifs d'ordre constitution-

² [1970] 2 O.R. 654, appeal quashed [1971] 1 O.R. 121.

² [1970] 2 O.R. 654, appel cassé [1971] 1 O.R. 121.

Labour Relations Board declined to assume jurisdiction.

1968—The Union, although they held a collective agreement with the Company covering employees of the Western Region with headquarters in Toronto, save and except installation supervisors, filed an application with the Ontario Labour Relations Board for a unit of employees described as:

All employees in the Installation and Outside Plant Department of the respondent employed in the Province of Ontario except those for whom the applicant already has bargaining rights.

The company contested the constitutional jurisdiction of the Ontario Labour Relations Board and subsequently raised the same question before the Supreme Court of Ontario by way of a writ of *certiorari* to quash the decision of the Ontario Board. In the judgment of Lacourcière J., referred to above, the Court concluded:

... I have therefore reluctantly arrived at the conclusion that the Ontario Labour Relations Board proceeded upon an error of law ... I am satisfied that the ... company's Installation Department at least is excluded by Section 92(10) subparagraph (a) of the *British North America Act* from provincial jurisdiction. (at p. 672)

At the time of the application for certification now under consideration there was in force the collective agreement earlier mentioned, in which Telecom recognized the Union as sole and exclusive bargaining agent for employees of Western Region Installation having headquarters in Toronto and employed in connection with the installation of communications and related equipment. The recognition clause of the agreement specifically excludes installation supervisors. It is this group of supervisory employees which the Union in the instant case proposed as an appropriate bargaining unit. Under the heading "(C) Salient Facts adduced in evidence" the Board states:

Having become aware of the considerable litigation before the Courts as to the constitutional jurisdiction issues surrounding various groups of employees' certifi-

nel et le Conseil canadien des relations ouvrières a jugé qu'il n'avait pas compétence.

1968—Le syndicat, bien qu'ayant conclu une convention collective avec la compagnie visant les employés du service de l'installation de l'Ouest dont le siège social est à Toronto, à l'exclusion des surveillants de l'installation, a demandé son accréditation à la Commission des relations de travail de l'Ontario pour une unité d'employés décrite comme suit:

[TRADUCTION] «Tous les employés du service de l'installation et des réseaux extérieurs de l'employeur qui travaillent en Ontario, à l'exclusion de ceux dont le requérant est déjà l'agent négociateur.»

La compagnie a alors contesté la compétence constitutionnelle de la Commission des relations de travail de l'Ontario et, par voie de *certiorari*, demandé à la Cour suprême de l'Ontario d'infirmer la décision de la Commission. Dans le jugement susmentionné du juge Lacourcière, la Cour conclut:

[TRADUCTION] «... Tout en hésitant, j'en suis donc venu à la conclusion que la décision de la Commission des relations de travail de l'Ontario est fondée sur une erreur de droit ... Je suis convaincu qu'au moins le service de l'installation de la compagnie, est exclu de la compétence provinciale en vertu de l'al. 92(10)a) de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique.» (à la p. 672)

A l'époque de la présentation de la requête en accréditation présentement à l'étude, la convention collective précitée était en vigueur; Telecom y reconnaissait le syndicat comme seul et unique agent négociateur pour les employés de son service de l'installation de l'Ouest dont le siège social se trouve à Toronto et qui travaillent à l'installation de matériel de communication et d'autres appareils. La clause de reconnaissance syndicale de la convention exclut spécifiquement les surveillants de l'installation. C'est précisément ce groupe de surveillants que le syndicat propose comme unité habile à négocier. Sous l'intitulé «(C) Faits saillants ressortant de l'audition», le Conseil écrit:

Sachant que la compagnie avait à plusieurs reprises contesté devant les tribunaux la compétence constitutionnelle des organismes saisis de requêtes en accrédita-

cations or attempts to get certified, and having read allegation 15 in the formal Reply of the employer . . . the Board invited Company Counsel to comment on this matter in an opening statement. They replied that there was no contestation regarding the jurisdiction of the Board.

Whereupon the Board proceeded to hear evidence and study exhibits produced by the parties.

Later in the decision one reads:

(A) The Employer

(a) Although Counsel for the employer had stated prior to the evidence being adduced in the instant case that they were not raising the issue of jurisdiction, that position was qualified at the outset of the argument in the following manner:

The Company has stated its position on the constitutional issue in this case, and it only wishes to reiterate that it reserves all its rights to contest eventually with respect to constitutional grounds.

(B) The Applicant

(a) This Board had jurisdiction. As regards this question, the employer has presented no evidence and/or legal argument to substantiate a contestation.

Later, under the heading "Reasons for Judgment", "(A) General Comments", the Board observed that

Leaving aside for the moment the problems inherent in the division of the employer's operations in this department between a Western and an Eastern region and the jurisdictional complexities, the present case does not contain any novel feature. It is strictly another application by a group of supervisors under the authority of Section 125(4) of the Code, to obtain collective bargaining rights . . .

Proceeding then to consider "(B) The Instant Case" the Board commenced

1. One must first realize that we are dealing here with only one department of this large company, that is, the department involved in the installation of switching equipment.

Then followed twenty pages in which the Board reviewed the work and responsibilities of the installation supervisors, concluding finally that they did not perform management functions of such a nature as to disqualify them from the definition of "employee" within the meaning of the Code.

tion à l'égard de divers groupes de ses employés et ayant lu l'allégation numéro 15 de sa réponse . . . le Conseil a invité les avocats de l'employeur à commencer par dire ce qu'ils pensaient à l'égard de la compétence du Conseil. Ils ont répondu qu'ils ne la mettaient pas en cause.

Sur quoi le Conseil a procédé à l'audition des témoins et à l'examen des pièces produites par les parties.

Puis, plus loin dans la décision, on peut lire:

(A) L'employeur

a) Bien que les avocats de l'employeur aient déclaré avant l'audition de la preuve qu'ils ne soulevaient pas la question de compétence du Conseil ils ont clarifié ainsi leur position au début de leur plaidoyer:

[TRADUCTION] «La Compagnie a déjà fait état de sa position sur la question constitutionnelle dans la cause sous étude et veut seulement rappeler qu'elle se réserve tous les droits de contester éventuellement la compétence constitutionnelle du Conseil.»

(B) Le requérant

a) Le Conseil a la compétence voulue; d'ailleurs l'employeur n'a ni preuve ni argument en droit à l'appui d'un doute à cet effet.

Puis, sous l'intitulé «Motifs de la décision», «(A) Observations générales», le Conseil dit:

Si on laisse de côté pour le moment les problèmes inhérents à la division du service de l'installation entre l'Ouest et l'Est, de même que la complexité de la question de la compétence, la cause sous étude ne renferme aucun élément nouveau. Il s'agit strictement d'un groupe de surveillants qui revendiquent leur droit à la négociation collective en vertu du paragraphe 125(4) du Code . . .

Et, analysant «(B) La cause sous étude», le Conseil précise

1. Il faut d'abord se rendre compte qu'il s'agit ici d'un seul des nombreux services de cette grande compagnie: celui qui s'occupe de l'installation du matériel de communication.

Suivent une vingtaine de pages dans lesquelles le Conseil analyse le travail et les responsabilités des surveillants de l'installation, et conclut qu'ils n'exécutent pas des fonctions de direction telles qu'ils se trouvent exclus de la définition d'«employé» au sens du Code.

The Board then turned its attention to the matter of jurisdiction, and said this:

5. As to the jurisdiction there is a long history of vacillating as to where the jurisdiction over the employees of this employer lies, especially in the case of the installers and now, their supervisors.

The Board refers more particularly to the events surrounding the certification of the installers by the Quebec Board and the attempts by installers in Ontario to get certification from the Ontario Labour Relations Board as well as the refusal of the predecessor to this Board in 1958 to grant certification to the Communications Workers of America, Local C-4 for a group of installers.

In the first place, this Board wishes to stress the fact that it provided itself with all pertinent decisions by the Quebec and Ontario Labour Boards as well as its own together with the judgment of the Honourable J. Lacourcière of the Ontario Supreme Court, rendered in 1970.

Secondly, there has been a significant development in the operations of this employer since 1950 and especially in recent years, a development which had not fully evolved when this Board's predecessor, chaired by C. Rhodes Smith, declined to assume jurisdiction in 1958 when dealing with an application for certification by a group of installers of the Western Region of this employer.

As to the import and consequences of this development on the jurisdiction of this Board, we were particularly interested in verifying that part of the operations of the employer consisted of

“... a ‘marked change in concept’ whereby the company will undertake whatever the customer requires including repairs and maintenance in addition to installations.”

Then followed two passages from the judgment of Mr. Justice Lacourcière and this comment:

There has been no evidence in the instant case to contradict the facts as related in the above excerpts of the judgment of Mr. Justice Lacourcière.

The Board commended the “searching analysis” of Lacourcière J. as to the constitutional law issues involved and the jurisprudence, noting his conclusion as to the nature of the operations performed in the installation division of Telecom:

Le Conseil s’est ensuite penché sur la question de compétence et a déclaré:

5. Il y a longtemps eu hésitation sur la question de savoir qui avait la compétence voulue pour entendre la cause des employés de cet employeur, surtout dans le cas des installateurs, et maintenant dans celui de leurs surveillants.

Le Conseil fait plus particulièrement allusion aux événements entourant l'accréditation des installateurs par la Commission des relations de travail du Québec et aux tentatives de se faire accréditer des installateurs de l'Ontario, effectuées auprès de la Commission des relations de travail de l'Ontario, de même qu'au refus du Conseil canadien des relations ouvrières, en 1958, d'accréditer le Syndicat des travailleurs en communication d'Amérique, section locale C-4, à l'égard d'un groupe d'installateurs.

En premier lieu, le Conseil tient à souligner qu'il s'est procuré toutes les décisions pertinentes des Commissions des relations de travail du Québec et de l'Ontario, sa propre décision ainsi que le jugement de 1970 du juge J. Lacourcière de la Cour suprême de l'Ontario.

En second lieu, l'entreprise de l'employeur a pris beaucoup d'expansion depuis 1950 et surtout ces dernières années, expansion qui n'était pas terminée lorsque le Conseil canadien des relations ouvrières, présidé par M. C. Rhodes Smith, a décliné en 1958 d'exercer compétence et d'entendre la requête en accréditation d'un groupe d'installateurs de la région de l'Ouest.

Quant aux conséquences de cette expansion sur la compétence du Conseil, ce dernier s'est surtout préoccupé de vérifier si une partie de l'exploitation de l'employeur représentait

[TRADUCTION] «... un «changement marqué du concept» par lequel la compagnie effectue tout ce que lui demande le client, y compris les réparations et l'entretien du matériel, en plus de son installation.»

Suivent deux extraits du jugement du juge Lacourcière et cette remarque:

Aucun témoignage n'a été produit qui contredirait les faits relatés dans ces extraits du jugement du juge Lacourcière.

Le Conseil commente ensuite l'«analyse détaillée» faite par le juge Lacourcière des questions de droit constitutionnel soulevées et de la jurisprudence et retient sa conclusion quant à la nature des travaux effectués par le service de l'installation de Telecom:

... I am satisfied that the system line-up testing in any event involves the operation of an interprovincial communications system.

and drawing comfort from his further conclusion:

I am satisfied that ... the company's Installation Department at least is excluded by s. 92(10)(a) of the *British North America Act* from provincial jurisdiction and that the relevant employer-employee relations necessarily come within the purview of the *Industrial Relations and Disputes Investigation Act*.

The Board closed this portion of its decision by finding:

Therefore the Board is convinced that it has jurisdiction in the instant case.

The application of the Union was granted and an order issued certifying the Union as the bargaining agent of the employees of Telecom in the proposed unit.

THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Telecom brought a s. 28 application before the Federal Court of Appeal to review and set aside the order of the Canada Labour Relations Board. The court dismissed the application. The argument advanced on behalf of Telecom that the Board acted without jurisdiction was rejected without calling upon the Union to respond. The court held that when an applicant seeks to have a reviewing court set aside an order as having been made outside the scope of its jurisdiction, the onus is on the applicant to ensure that evidence of the facts necessary to support the application is before the court. The nub of the court's decision, delivered by the Chief Justice, is to be found in the following paragraph:

It follows that, in this case, for the applicant to succeed on the jurisdiction point, there must be evidence before this Court upon which this Court can decide that the certification order was outside the scope of the Board's jurisdiction, and it also follows that in this case the onus was on the applicant to ensure that such facts were made to appear before this Court. The applicant did not seek to adduce any evidence on the point in this Court and abstained from putting the matter in issue before the Board. There is, therefore, no evidence upon

[TRADUCTION] « ... Je suis convaincu que, de toute manière, la mise à l'essai du réglage d'un réseau constitue l'exploitation d'un réseau interprovincial de communication. »

Il se dit d'accord avec cette autre conclusion:

[TRADUCTION] « Je suis convaincu que ... le service de l'installation de la compagnie, pour sa part du moins, est exclu de la compétence provinciale en vertu de l'al. 92(10)a) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et que les relations ouvrières en cause sont nécessairement assujetties à la *Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail*. »

Le Conseil termine cette partie de sa décision en concluant:

Par conséquent, le Conseil est persuadé que la présente affaire relève de sa compétence.

La requête du syndicat a été accueillie et une ordonnance accréditant le syndicat à titre d'agent négociateur des employés de Telecom faisant partie de l'unité proposée a été délivrée.

LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Telecom a présenté devant la Cour d'appel fédérale une demande en vertu de l'art. 28 visant l'examen et l'annulation de l'ordonnance du Conseil canadien des relations du travail. La cour a rejeté la demande. L'allégation de Telecom selon laquelle le Conseil n'avait pas compétence a été rejetée sans que le syndicat soit entendu. La cour a statué que lorsqu'un requérant recherche l'annulation d'une décision pour défaut de compétence, il doit s'assurer que la preuve des faits nécessaires au soutien de la demande est soumise à la cour. L'essentiel de la décision rendue par le Juge en chef, se trouve à l'alinéa suivant:

En l'espèce, pour que la requérante réussisse sur la question de compétence, la Cour doit disposer de preuves sur lesquelles elle peut s'appuyer pour décider si le Conseil a outrepassé sa compétence en accordant l'accréditation; il faut également que la requérante s'assure que de tels faits ont été présentés devant la présente cour. La requérante n'a pas cherché à produire de preuve sur ce point et s'est abstenue de soulever la question devant le Conseil. En conséquence, il n'y a aucune preuve sur laquelle la présente cour peut con-

which this Court can find that the Board acted beyond its jurisdiction.

In another paragraph the court added:

I have not, moreover, overlooked the existence of evidence put before the Board in connection with the issues that were raised before the Board from which, taken by itself, some conclusions might be drawn with regard to the nature of that part of the applicant's business operations that are involved in this matter. In my view, in the absence of agreement that such evidence reveals an accurate picture of such operations from a jurisdictional point of view, it having been led before the Board in respect of entirely different issues, it cannot be used by this Court, as a reviewing court, to make findings of fact on the jurisdictional question. In my view, such a use of evidence led with reference to one issue with which a hearing is concerned to make findings on an issue with which a hearing was not concerned is not, in the absence of agreement or other special circumstances, sound. It might be added that, in my view, the facts raise a very difficult question from a jurisdictional and constitutional point of view, upon which this Court should not make a pronouncement in the absence of a full exploration of the facts relating to the jurisdictional and constitutional question as such.

THE ISSUE BEFORE THE COURT

Telecom then sought leave to appeal to this Court and leave was granted on this single question:

Did the Federal Court of Appeal err in holding that the Canada Labour Relations Board had jurisdiction to deal with an application for certification on behalf of the employees concerned in respect of the question raised whether they are employed upon or in connection with the operation of any federal work, undertaking or business?

In order to understand the nature of the question upon which leave was granted, one has to consider the provisions of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1 which delimit the Canada Labour Relations Board's jurisdiction in certification matters. Part V of the *Canada Labour Code*, is the "Industrial Relations" portion of the Code and s. 108 states:

108. This Part applies in respect of employees who are employed upon or in connection with the operation of any federal work, undertaking or business and in respect of the employers of all such employees in their relations

clure que le Conseil a outrepassé sa compétence.

Dans un autre alinéa, la cour a ajouté:

Je n'ai pas oublié non plus l'existence d'une preuve soumise au Conseil relativement aux questions qui ont été soulevées devant lui et qui, en elle-même, nous amène à tirer quelques conclusions sur la nature de la partie des activités commerciales de la requérante visées en l'espèce. A mon avis, puisque les parties n'ont pas reconnu qu'elle trace une image fidèle des activités de la requérante pouvant avoir une incidence sur la compétence et puisqu'elle a été faite devant le Conseil dans un but tout à fait différent, cette preuve ne peut être utilisée par la présente cour, en tant que cour de révision, pour déterminer des faits en rapport avec la question de compétence. Selon moi, en l'absence d'une entente ou de circonstances spéciales, il n'est pas logique d'utiliser une preuve soumise relativement à une question se rapportant à une audition pour tirer des conclusions sur une question qui n'est pas en cause. J'ajouterais qu'à mon avis, les faits soulèvent une difficile question de compétence et de constitutionnalité sur laquelle la présente cour ne doit pas se prononcer sans une étude complète des faits ayant trait à la question de compétence et de constitutionnalité comme telle.

LE LITIGE SOUMIS À LA COUR

Telecom a ensuite demandé l'autorisation d'interjeter un pourvoi devant cette Cour et le pourvoi a été autorisé sur la seule question suivante:

La Cour d'appel fédérale a-t-elle commis une erreur en décidant que le Conseil canadien des relations du travail avait compétence pour connaître d'une demande d'accréditation présentée au nom des employés visés sur la question de savoir s'ils sont employés dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise, affaire ou ouvrage de compétence fédérale ou relativement à celle-ci?

Afin de comprendre la nature de la question faisant l'objet de l'autorisation, il convient d'analyser les dispositions du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1 qui déterminent la compétence du Conseil canadien des relations du travail en matière d'accréditation. La Partie V du *Code canadien du travail* est intitulée «Relations industrielles» et son art. 108 dispose:

108. La présente Partie s'applique aux employés dans le cadre d'une entreprise fédérale, aux patrons de ces employés dans leurs rapports avec ces derniers, ainsi qu'aux organisations patronales groupant ces patrons et

with such employees and in respect of trade unions and employers' organizations composed of such employees or employers.

The definition of "federal work, undertaking or business" is found in s. 2 of the Code and the relevant portions read as follows:

"federal work, undertaking or business" means any work, undertaking or business that is within the legislative authority of the Parliament of Canada, including without restricting the generality of the foregoing:

(b) a railway, canal, telegraph or other work or undertaking connecting any province with any other or others of the provinces, or extending beyond the limits of a province;

(h) a work or undertaking that, although wholly situated within a province, is before or after its execution declared by the Parliament of Canada to be for the general advantage of Canada or for the advantage of two or more of the provinces; and

(i) a work, undertaking or business outside the exclusive legislative authority of provincial legislatures;

Clause (b) of the definition is merely a restatement of a portion of s. 92(10)(a) of the *British North America Act*, one of the classes of works and undertakings withdrawn from the provinces and rendered a matter exclusively federal by the terms of s. 91(29), *i.e.* "Such Classes of Subjects as are expressly excepted in the Enumeration of the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces". Similarly, clause (h) is a restatement of s. 92(10)(c) with the addition of the words "or undertaking". Clause (i) above would appear to be an effort to apply the general or residual power of the federal Parliament to the field of works and undertakings or it may stem from a federal perception of the effect of s. 92(10)'s exceptions from "Local Works and Undertakings".

Colin McNairn in his "Transportation, Communication and the Constitution: The Scope of Federal Jurisdiction" (1969), 47 *Can. Bar Rev.* 355, at 393, took the view that the exceptions as exceptions ought to be narrowly construed against federal power. W.R. Lederman in his illuminating

aux syndicats groupant ces employés.

La définition de l'expression «entreprise fédérale» se trouve à l'art. 2 du Code dont voici les passages pertinents:

«entreprise, affaire ou ouvrage de compétence fédérale» ou «entreprise fédérale» signifie tout ouvrage, entreprise ou affaire ressortissant au pouvoir législatif du Parlement du Canada, y compris, sans restreindre la généralité de ce qui précède:

b) tout chemin de fer, canal, télégraphe ou autre ouvrage ou entreprise reliant une province à une ou plusieurs autres, ou s'étendant au-delà des limites d'une province;

h) tout ouvrage ou entreprise que le Parlement du Canada déclare (avant ou après son achèvement) être à l'avantage du Canada en général, ou de plus d'une province, bien que situé entièrement dans les limites d'une province; et

i) tout ouvrage, entreprise ou affaire ne ressortissant pas au pouvoir législatif exclusif des législatures provinciales;

L'alinéa b) de la définition reprend les termes d'une partie de l'al. 92(10)a) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, lequel vise une des catégories d'ouvrages et d'entreprises retirées de la compétence provinciale et attribuées exclusivement à la compétence fédérale par le par. 91(29): «Les catégories de sujets expressément exceptés dans l'énumération des catégories de sujets exclusivement assignés par le présent acte aux législatures des provinces». De même, l'al. h) reprend les termes de l'al. 92(10)c), en y ajoutant les mots «ou entreprise». L'alinéa (i) précité semble constituer une tentative d'appliquer le pouvoir général ou résiduaire du Parlement fédéral aux ouvrages et entreprises ou il peut découler d'une interprétation fédérale de l'effet des exceptions au par. 92(10) des «travaux et entreprises d'une nature locale».

Dans son étude «Transportation, Communication and the Constitution: The Scope of Federal Jurisdiction» (1969), 47 *R. du B. Can.* 355, à la p. 393, Colin McNairn se dit d'avis que les exceptions doivent, en tant qu'exceptions, être interprétées restrictivement, à l'encontre de la compétence

article, "Telecommunications and the Federal Constitution of Canada" in H.E. English, ed., *Telecommunications for Canada* (1973), 339 at 360, puts much greater stress upon the effect of s. 91(29) in converting these exceptions to an exclusive head of federal power and thus supports a broader reading of federal authority.

The importance of ss. 108 and 2 of the *Canada Labour Code* read in conjunction with ss. 91 and 92 of the *British North America Act* is the recognition of the essentially constitutional nature of the problem of jurisdiction raised in this case. There can be no doubt that the administrative jurisdiction—apart from constitutional questions—of the Canada Labour Relations Board in this case has been effectively engaged. Ignoring the constitutional issue, the general subject-matter of the dispute before the Board lies at the very heart of a labour board's administrative law jurisdiction. No jurisdictional error was committed by the Board in the course of the inquiry. In its purely administrative aspects, the Board's decision was not challenged in this Court.

The appellant and the respondent attempt to bolster their respective arguments by adverting to principles of judicial review of administrative action. Telecom argues that there is operative in this case a "double presumption" against the jurisdiction of the Board—flowing from the reinforcing effects of the Board being an inferior tribunal of restricted jurisdiction and labour relations being as a rule within provincial jurisdiction. By means of this "double presumption" against jurisdiction, Telecom argues that the burden of proof rested upon the applicant Union before the Board. The respondent Union opens its factum with an argument based upon *Jacmain v. Attorney General of Canada and Public Service Staff Relations Board*³, namely, that a question of "jurisdictional fact" arises. Accordingly, suggests the Union, the Board should be allowed "a degree of latitude" in its jurisdictional findings, only requiring "substantial evidence for its decision of fact and a rational

³ [1978] 2 S.C.R. 15.

fédérale. Dans son article très enrichissant «Telecommunications and the Federal Constitution of Canada» paru dans H.E. English, éd., *Telecommunications for Canada* (1973), 339 à la p. 360, W.R. Lederman insiste beaucoup plus sur l'effet du par. 91(29) qui convertit ces exceptions en un domaine de compétence exclusivement fédérale et appuie donc une interprétation beaucoup plus large de la compétence fédérale.

Les articles 108 et 2 du *Code canadien du travail*, lus en regard des art. 91 et 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, révèlent la nature essentiellement constitutionnelle de la question de compétence soulevée en l'espèce. Il ne fait aucun doute que la compétence administrative du Conseil canadien des relations du travail en l'espèce a effectivement été exercée. Abstraction faite de la question d'ordre constitutionnel, l'objet général du litige soumis au Conseil relève du cœur même de la compétence de droit administratif d'un conseil des relations de travail. Le Conseil n'a commis au cours de son enquête aucune erreur qui porte atteinte à sa compétence. Du point de vue purement administratif, la décision du Conseil n'est pas contestée devant cette Cour.

L'appelante et l'intimé tentent d'étoffer leurs arguments respectifs en recourant aux principes relatifs au contrôle judiciaire de l'administration. Telecom soutient qu'en l'espèce, une «double présomption» joue contre la compétence du Conseil—cela découlerait du caractère d'instance inférieure et de compétence restreinte du Conseil et de ce qu'en principe les relations de travail relèvent de la compétence provinciale. Se fondant sur cette «double présomption» contre la compétence, Telecom prétend que le fardeau de la preuve incombe au syndicat requérant devant le Conseil. Le factum du syndicat intimé débute par un argument fondé sur *Jacmain c. Procureur général du Canada et la Commission des relations de travail dans la Fonction publique*³; selon cet argument, la présente affaire soulève une question «juridictionnelle de fait». Le syndicat soutient donc que le Conseil devrait bénéficier d'une «certaine latitude» dans ses conclusions en matière de compétence et

³ [1978] 2 R.C.S. 15.

basis for its decision of law". The courts should therefore exercise restraint in declaring the tribunal to be without jurisdiction, when it reached its decision honestly and fairly, and with due regard to the material before it. In effect, the Union argues that the burden of proof lies upon Telecom who now challenges the jurisdiction of the Board.

It will be seen, upon reflection, that there is here neither a "double presumption" against the Board's jurisdiction, nor is there occasion for applying the "jurisdictional fact" doctrine upon review. As I have pointed out, there is no question of the Board's administrative or subject-matter jurisdiction.

The Federal Court of Appeal appears to have treated the jurisdictional issue in this case as one of judicial review of an administrative board which has taken jurisdiction in an administrative sense. On this view, quite clearly, the onus would rest upon the applicant for judicial review and not, by implication, upon the Union. But what is in question here is not the Board's administrative jurisdiction in the classic sense of that term, but whether the jurisdiction given by Parliament to the Canada Labour Relations Board, through s. 108 of the Code, extends to the labour relations of the employees engaged in the work, undertaking or business here at issue, *i.e.*, the installation department of Telecom. The answer to the question posed in the order granting leave must be found, not in the principles of judicial review of administrative action, but in the principles governing the constitutional division of authority over labour relations.

THE GRANTING OF LEAVE TO APPEAL

At the time leave was granted in this appeal, the Court had before it only the reasons for decision of the Canada Labour Relations Board and the judgment of the Federal Court of Appeal. As I have explained above, an important and difficult consti-

devrait uniquement se demander «si la preuve est suffisante pour étayer les conclusions de fait et si les conclusions de droit . . . sont logiques». Ainsi, les cours de justice doivent hésiter à déclarer un tribunal incompétent quand sa décision est honnête et équitable et qu'il a correctement pris en considération la documentation qui lui a été soumise. En définitive, le syndicat soutient que le fardeau de la preuve incombe à Telecom qui conteste maintenant la compétence du Conseil.

L'analyse de la présente affaire me convainc qu'il n'existe pas de "double présomption" contre la compétence du Conseil et qu'il n'y a pas lieu d'appliquer la théorie du «fait attributif de compétence» en matière de révision. Comme je l'ai fait remarquer, la compétence administrative du Conseil n'est pas contestée.

La Cour d'appel fédérale semble avoir considéré la question de compétence comme une question de contrôle judiciaire d'un organisme administratif qui a présumé qu'il était compétent du point de vue administratif. A cet égard, il est manifeste que le fardeau de la preuve incombe à la partie qui demande le contrôle judiciaire ce qui, par conséquent, exclut le syndicat. Mais la question litigieuse en l'espèce ne porte pas sur la compétence administrative du Conseil, au sens habituel de l'expression; il s'agit plutôt de déterminer si la compétence que le Parlement a conférée au Conseil canadien des relations du travail aux termes de l'art. 108 du Code s'étend aux relations de travail concernant les employés qui travaillent pour l'entreprise, l'affaire ou l'ouvrage en litige en l'espèce, *c.-à-d.* le service des installations de Telecom. La réponse à la question posée dans l'autorisation d'appel ne dépend pas des principes relatifs au contrôle judiciaire des actes administratifs mais des principes régissant le partage constitutionnel des compétences en matière de relations de travail.

L'AUTORISATION D'APPEL

Au moment où l'autorisation d'appel a été accordée, la Cour n'avait devant elle que les motifs de la décision du Conseil canadien des relations du travail et ceux du jugement de la Cour d'appel fédérale. Comme je l'ai déjà précisé, le dossier

tutional question would appear to have been raised on the record then before the Court.

When it came time to hear the appeal, the full record of some 2,479 pages was before the Court. In addition, an appendix containing the oral submissions of the parties before the Board was filed. It is to that record that we must look in resolving the case.

What became apparent in the course of oral argument was that serious problems existed in the scope and cogency of the evidence relating to the constitutional question, as a consequence of the position taken by Telecom before the Board. The Court was directed by counsel to some of the passages in the evidence that might afford the factual basis for a determination of the issue before the Court. Before delving into that evidence, we must consider the board constitutional principles applicable to the field of labour relations in order to determine the "constitutional facts" that are relevant and material to the decision this Court is being called upon to make.

THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES

The best and most succinct statement of the legal principles in this area of labour relations is found in Laskin's *Canadian Constitutional Law* (4th ed., 1975) at p. 363:

In the field of employer-employee and labour-management relations, the division of authority between Parliament and provincial legislatures is based on an initial conclusion that in so far as such relations have an independent constitutional value they are within provincial competence; and, secondly, in so far as they are merely a facet of particular industries or enterprises their regulation is within the legislative authority of that body which has power to regulate the particular industry or enterprise . . .

In an elaboration of the foregoing, Mr. Justice Beetz in *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*⁴ set out certain principles which I venture to summarize:

⁴ [1979] 1 S.C.R. 754.

alors soumis à la Cour semblait soulever une question constitutionnelle importante et complexe.

Au moment de l'audition de l'appel, la Cour avait en main le dossier intégral de 2,479 pages. On a en outre produit une annexe contenant les plaidoiries des avocats devant le Conseil. C'est de l'analyse de ce dossier que dépend la solution du présent litige.

Il est devenu évident au cours des plaidoiries que la portée et la force de la preuve relative à la question d'ordre constitutionnel contenaient de graves lacunes attribuables à la position de Telecom devant le Conseil. Devant cette Cour, les avocats ont cité des extraits de la preuve qui touchent des faits pouvant servir de fondement à la décision de la Cour en l'espèce. Avant d'analyser cette preuve, il convient d'étudier les grands principes constitutionnels applicables aux relations de travail afin de déterminer les faits pertinents à la décision que doit rendre cette Cour sur la question constitutionnelle.

LES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS

C'est dans l'ouvrage *Canadian Constitutional Law* de Laskin (4^e éd., 1975) que se trouve l'énoncé le plus exact et concis des principes juridiques applicables en matière de relations de travail (à la p. 363):

[TRADUCTION] En matière de relations de travail entre employeur et employé, le partage des compétences entre le Parlement et les législatures provinciales est fondé sur une première conclusion selon laquelle, dans la mesure où elles ont un aspect constitutionnel indépendant, ces relations relèvent de la compétence provinciale, et sur une deuxième conclusion, selon laquelle, dans la mesure où elles ne constituent qu'un aspect de certaines industries ou entreprises, leur réglementation relève de la compétence constitutionnelle de l'organisme habilité à réglementer l'industrie ou l'entreprise dont il s'agit . . .

Elaborant cette thèse, le juge Beetz a formulé dans l'arrêt *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*⁴ certains principes que je me risque à résumer comme suit:

⁴ [1979] 1 R.C.S. 754.

(1) Parliament has no authority over labour relations as such nor over the terms of a contract of employment; exclusive provincial competence is the rule.

(2) By way of exception, however, Parliament may assert exclusive jurisdiction over these matters if it is shown that such jurisdiction is an integral part of its primary competence over some other single federal subject.

(3) Primary federal competence over a given subject can prevent the application of provincial law relating to labour relations and the conditions of employment but only if it is demonstrated that federal authority over these matters is an integral element of such federal competence.

(4) Thus, the regulation of wages to be paid by an undertaking, service or business, and the regulation of its labour relations, being related to an integral part of the operation of the undertaking, service or business, are removed from provincial jurisdiction and immune from the effect of provincial law if the undertaking, service or business is a federal one.

(5) The question whether an undertaking, service or business is a federal one depends on the nature of its operation.

(6) In order to determine the nature of the operation, one must look at the normal or habitual activities of the business as those of "a going concern", without regard for exceptional or casual factors; otherwise, the Constitution could not be applied with any degree of continuity and regularity.

A recent decision of the British Columbia Labour Relations Board, *Arrow Transfer Co. Ltd.*⁵, provides a useful statement of the method adopted by the courts in determining constitutional jurisdiction in labour matters. First, one must begin with the operation which is at the core of the federal undertaking. Then the courts look at the particular subsidiary operation engaged in by the employees in question. The court must then arrive at a judgment as to the relationship of that operation to the core federal undertaking, the necessary relationship being variously characterized as "vital", "essential" or "integral". As the Chairman of the Board phrased it, at pp. 34-5:

⁵ [1974] 1 Can. L.R.B.R. 29.

(1) Les relations de travail comme telles et les termes d'un contrat de travail ne relèvent pas de la compétence du Parlement; les provinces ont une compétence exclusive dans ce domaine.

(2) Cependant, par dérogation à ce principe, le Parlement peut faire valoir une compétence exclusive dans ces domaines s'il est établi que cette compétence est partie intégrante de sa compétence principale sur un autre sujet.

(3) La compétence principale du fédéral sur un sujet donné peut empêcher l'application des lois provinciales relatives aux relations de travail et aux conditions de travail, mais uniquement s'il est démontré que la compétence du fédéral sur ces matières fait intégralement partie de cette compétence fédérale.

(4) Ainsi, la réglementation des salaires que doit verser une entreprise, un service ou une affaire et la réglementation de ses relations de travail, toutes choses qui sont étroitement liées à l'exploitation d'une entreprise, d'un service ou d'une affaire, ne relèvent plus de la compétence provinciale et ne sont plus assujetties aux lois provinciales s'il s'agit d'une entreprise, d'un service ou d'une affaire fédérale.

(5) La question de savoir si une entreprise, un service ou une affaire relève de la compétence fédérale dépend de la nature de l'exploitation.

(6) Pour déterminer la nature de l'exploitation, il faut considérer les activités normales ou habituelles de l'affaire en tant qu'«entreprise active», sans tenir compte de facteurs exceptionnels ou occasionnels; autrement, la Constitution ne pourrait être appliquée de façon continue et régulière.

Une décision récente du Labour Relations Board de la Colombie-Britannique, *Arrow Transfer Co. Ltd.*⁵, expose la méthode retenue par les cours pour déterminer la compétence constitutionnelle en matière de relations de travail. Premièrement, il faut examiner l'exploitation principale de l'entreprise fédérale. On étudie ensuite l'exploitation accessoire pour laquelle les employés en question travaillent. En dernier lieu on parvient à une conclusion sur le lien entre cette exploitation et la principale entreprise fédérale, ce lien nécessaire étant indifféremment qualifié «fondamental», «essentiel» ou «vital». Comme l'a déclaré le président de la Commission, aux pp. 34 et 35:

⁵ [1974] 1 Can. L.R.B.R. 29.

In each case the judgment is a functional, practical one about the factual character of the ongoing undertaking and does not turn on technical, legal niceties of the corporate structure or the employment relationship.

In the case at bar, the first step is to determine whether a core federal undertaking is present and the extent of that core undertaking. Once that is settled, it is necessary to look at the particular subsidiary operation, *i.e.*, the installation department of Telecom, to look at the "normal or habitual activities" of that department as "a going concern", and the practical and functional relationship of those activities to the core federal undertaking.

Any core federal undertaking present in this case must be found within the telephone and telecommunications system. Constitutional jurisdiction over telecommunications is a difficult and controversial subject. It is a field which has been the subject of no little academic comment: see *Telecommunications and the Federal Constitution of Canada* by W. R. Lederman in H. E. English, ed., *Telecommunications for Canada, An Interface of Business and Government* (Toronto; Methuen, 1973); Mullan, *Attainment of Objectives and Jurisdiction* in Janisch, ed., *Telecommunications Regulation at the Crossroads* (Dalhousie Continuing Legal Education Series, No. 13, 1976), 149; *Analysis of the Constitutional and Legal Basis for the Regulation of Telecommunications in Canada*, Study 1(a), The Department of Communications (1971); McNairn, "Transportation, Communication and the Constitution: The Scope of Federal Jurisdiction" (1969), 47 *Can. Bar Rev.* 355. Two recent judgments of this Court have dealt with constitutional jurisdiction in respect of certain aspects of telecommunications: see *Capital Cities Communications Inc. v. C.R.T.C.*⁶ and *Public Service Board v. Dionne*⁷.

At a minimum, it can be asserted that Bell Canada's operations have been found to be a fed-

⁶ [1978] 2 S.C.R. 141.

⁷ [1978] 2 S.C.R. 191.

[TRADUCTION] Dans chaque cas la décision est un jugement à la fois fonctionnel et pratique sur le caractère véritable de l'entreprise active et il ne dépend pas des subtilités juridiques de la structure de la société en cause ou des relations de travail.

En l'espèce, il faut d'abord se demander s'il existe une entreprise fédérale principale et en étudier la portée. Puis, il faut étudier l'exploitation accessoire concernée, c.-à-d. le service d'installation de Telecom, les «activités normales ou habituelles» de ce service en tant qu'«entreprise active» et le lien pratique et fonctionnel entre ces activités et l'entreprise fédérale principale.

En l'espèce, c'est dans le système téléphonique et de télécommunication qu'il faut trouver l'entreprise fédérale principale. La compétence constitutionnelle sur les télécommunications est un sujet complexe et controversé. C'est un domaine qui a fait l'objet de nombreuses études: voir *Telecommunications and the Federal Constitution of Canada*, par W.R. Lederman, publié dans H.E. English, éd., *Telecommunications for Canada, An Interface of Business and Government* (Toronto; Methuen, 1973); Mullan, *Attainment of Objectives and Jurisdiction*, publié dans Janisch, éd., *Telecommunications Regulation at the Crossroads* (Dalhousie Continuing Legal Education Series, n° 13, 1976), 149; *Analyse du fondement constitutionnel et juridique des pouvoirs de réglementation des télécommunications au Canada*, Étude 1a), Ministère des Communications (1971); McNairn, «Transportation, Communication and the Constitution: The Scope of Federal Jurisdiction» (1969), 47 *R. du B. Can.* 355. Deux récents arrêts de cette Cour portent sur la compétence constitutionnelle quant à certains aspects des télécommunications: voir *Capital Cities Communications Inc. c. C.R.T.C.*⁶ et *Régie des services publics c. Dionne*⁷.

A tout le moins, il est établi que l'exploitation de Bell Canada constitue une entreprise fédérale: voir

⁶ [1978] 2 R.C.S. 141.

⁷ [1978] 2 R.C.S. 191.

eral undertaking: see *City of Toronto v. Bell Telephone Co. of Canada*⁸, and *Quebec Minimum Wage Commission v. Bell Telephone Co. of Canada*⁹.

In the field of transportation and communication, it is evident that the niceties of corporate organization are not determinative. As McNairn observes in his article, *supra*, at pp. 380-1:

A transportation or communication undertaking is a possible corporate activity but it may or may not be segregated from the total corporate enterprise or it may even be larger in scope than a single corporate enterprise. To determine questions of this nature corporate objects have a certain relevance. But of primary concern is the integration of the various corporate activities in practice (including the corporate organizations themselves if more than one is involved) and their inherent interdependence.

McNairn's comment is borne out by the cases. On the one hand, a single enterprise may entail more than one undertaking, e.g. Canadian Pacific Railway's Empress Hotel was found to be an undertaking separate and independent from the railway undertaking in *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney-General for British Columbia*¹⁰. On the other hand, two separate corporate enterprises may be found to be included within one single and indivisible undertaking, as in stevedores employed by a stevedoring company loading and unloading ships in the *Stevedoring*¹¹ case, or a trucking company which did 90 per cent of its business for the Post Office in *Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers*¹².

Another, and far more important factor in relating the undertakings, is the physical and operational connection between them. Here, as the judg-

⁸ [1905] A.C. 52.

⁹ [1966] S.C.R. 767.

¹⁰ [1950] A.C. 122.

¹¹ [1955] S.C.R. 529, *sub. nom. In re the validity of the Industrial Relations and Disputes Investigation Act.*

¹² [1975] 1 S.C.R. 178.

*City of Toronto v. Bell Telephone Co. of Canada*⁸ et *Commission du Salaire minimum c. Bell Canada*⁹.

Dans le domaine du transport et des télécommunications, il est évident que les subtilités juridiques des structures des sociétés ne sont pas déterminantes. Comme le fait remarquer McNairn aux pages 380 et 381 de son article précité:

[TRADUCTION] Une entreprise de transport ou de communication peut constituer une activité d'une société et elle peut être séparée de l'entreprise globale, ou ne pas l'être; elle peut même être plus importante que l'entreprise exploitée par une seule société. Pour trancher de telles questions, il peut être utile d'étudier les objets de la société. Mais, dans tous les cas, il est primordial d'examiner l'intégration, en pratique, des diverses activités de la société (y compris ses structures si plus d'une société est impliquée) et leur interdépendance intrinsèque.

Cette remarque de McNairn est fondée sur la jurisprudence. D'une part, une seule entreprise peut avoir plus d'une activité (par exemple, on a jugé dans *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney-General for British Columbia*¹⁰, que l'Empress Hotel exploité par le Chemin de fer Canadien du Pacifique était une entreprise distincte et indépendante de l'entreprise de chemins de fer). D'autre part, deux sociétés distinctes peuvent exploiter une seule et même entreprise comme ce fut le cas dans l'affaire *Stevedoring*¹¹, où les débardeurs travaillaient pour une firme de débarquement chargeant et déchargeant des navires, ou dans l'affaire *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*¹², où 90 pour cent des activités d'une société de camionnage étaient consacrées aux postes canadiennes.

Un autre facteur, beaucoup plus important aux fins de l'examen de la relation entre des entreprises, est le lien matériel et opérationnel qui existe

⁸ [1905] A.C. 52.

⁹ [1966] R.C.S. 767.

¹⁰ [1950] A.C. 122.

¹¹ [1955] R.C.S. 529, *sub. nom. In re la validité de la Loi sur les relations industrielles et sur les requêtes visant les différends du travail.*

¹² [1975] 1 R.C.S. 178.

ment in *Montcalm* stresses, there is a need to look to continuity and regularity of the connection and not to be influenced by exceptional or casual factors. Mere involvement of the employees in the federal work or undertaking does not automatically import federal jurisdiction. Certainly, as one moves away from direct involvement in the operation of the work or undertaking at the core, the demand for greater interdependence becomes more critical.

On the basis of the foregoing broad principles of constitutional adjudication, it is clear that certain kinds of "constitutional facts", facts that focus upon the constitutional issues in question, are required. Put broadly, among these are:

- (1) the general nature of Telecom's operation as a going concern and, in particular, the role of the installation department within that operation;
- (2) the nature of the corporate relationship between Telecom and the companies that it serves, notably Bell Canada;
- (3) the importance of the work done by the installation department of Telecom for Bell Canada as compared with other customers;
- (4) the physical and operational connection between the installation department of Telecom and the core federal undertaking within the telephone system and, in particular, the extent of the involvement of the installation department in the operation and institution of the federal undertaking as an operating system.

It is with these evidentiary requirements in mind that I turn to review the record which is now before the Court in this appeal.

THE EVIDENCE

In the proceedings before the Board, there was some evidence concerning the general nature of Telecom's business and the role of the installation department within the company. No evidence was led to reveal the nature of the corporate and business relationships between Telecom and Bell Canada. All of the relevant evidence is found in

entre elles. Dans la présente affaire, il faut, comme le souligne le jugement dans *Montcalm*, étudier la continuité et la régularité du lien sans tenir compte de facteurs exceptionnels ou occasionnels. La simple participation d'employés à un ouvrage ou à une entreprise fédérale n'entraîne pas automatiquement la compétence fédérale. Il est certain que plus on s'éloigne de la participation directe à l'exploitation de l'ouvrage ou de l'entreprise principale, plus une interdépendance étroite devient nécessaire.

Sur la base des grands principes constitutionnels exposés ci-dessus, il est clair que certains faits sont décisifs sur la question constitutionnelle. De façon générale, il s'agit notamment:

- (1) de la nature générale de l'exploitation de Telecom en tant qu'entreprise active et, en particulier, du rôle du service de l'installation dans cette exploitation;
- (2) de la nature du lien entre Telecom et les sociétés avec lesquelles elle fait affaires, notamment Bell Canada;
- (3) de l'importance du travail effectué par le service de l'installation de Telecom pour Bell Canada, en comparaison avec ses autres clients;
- (4) du lien matériel et opérationnel entre le service de l'installation de Telecom et l'entreprise fédérale principale dans le réseau téléphonique et, en particulier, de l'importance de la participation du service de l'installation à l'exploitation et à l'établissement de l'entreprise fédérale en tant que méthode de fonctionnement.

C'est à la lumière de ces exigences concernant la preuve que j'aborde l'analyse du dossier qui est maintenant devant cette Cour.

LA PREUVE

La preuve soumise au Conseil porte notamment sur la nature générale des activités de Telecom et le rôle du service de l'installation au sein de la société. On n'a pas apporté de preuve de la nature des relations commerciales et juridiques entre Telecom et Bell Canada. Le témoignage de M. Lloyd Watt, qui était à l'époque le directeur des

the testimony of Mr. Lloyd Watt, at the time Director of S.P. 1 Installations for Northern Electric. As to the general nature of the business of Northern Electric, Mr. Watt said:

Northern Electric Company designs, manufactures, sells communications equipment, cables in Canada and elsewhere in the world. The installation organization of Northern installs communications equipment in Canada and other countries of the world.

Watt clarifies this with the comment that Northern also installs other manufacturers' equipment, apart from that of Northern, "as an integral part of the system". This is followed by a description of the equipment installed, "basically, what we term central office switching and transmission equipment" and then he details the various types of such equipment.

The most detailed description of Northern's customers is contained in the following general comment:

Q. Generally speaking, Mr. Watt, who are the customers or what is the type of customers Northern Electric has?

A. The major customers are various telephone companies whether they be independent public utilities or government telephones, many small telephone companies, government agencies such as, the Department of Defence Production. We have had contracts with NATO for communications equipment installations.

I guess looking at the Canadian telephone industry, we have worked for British Columbia Tel., Quebec Tel., Bell of course, the Manitoba Telephone System, Saskatchewan Government Telephone, City of Edmonton Telephones, Alberta Government Telephones. Basically, in the communication industry in Canada and in foreign countries such as, Turkey, it is called the P.T.&T. Post Telegraphs, and so on, Nigeria, that is for the Nigerian Government, Jamaica for an independent telephone company, that type of customer.

Watt describes installation within the company as "a department within a division". According to Watt, Telecom has seventeen manufacturing plants in Canada.

services de l'installation S.P. 1 pour Northern Electric, contient la seule preuve pertinente. En ce qui concerne la nature générale des activités de Northern Electric, M. Watt a déclaré:

[TRADUCTION] La compagnie Northern Electric conçoit, fabrique et vend du matériel, des câbles de communication, au Canada et à l'étranger. Le service de l'installation de Northern Electric installe le matériel de communication au Canada et dans d'autres pays du monde.

En outre, Watt précise que Northern installe du matériel fabriqué par d'autres, en plus de celui que Northern fabrique [TRADUCTION] «en tant que partie intégrante du réseau». Il poursuit en décrivant le matériel installé, [TRADUCTION] «il s'agit essentiellement de matériel de centres de communication et de transmission» et il en énumère les différents types.

La description la plus précise de la clientèle de Northern est contenue dans le commentaire général suivant:

[TRADUCTION] Q. Généralement parlant, M. Watt, qui sont les clients de Northern Electric, ou, en d'autres mots, quel genre de clients dessert-elle?

R. Nos clients les plus importants sont diverses sociétés de téléphone, des services publics indépendants ou gouvernementaux, plusieurs petites sociétés de téléphone et des organismes gouvernementaux comme le ministère de la production de défense. Nous avons également passé des contrats avec l'OTAN pour l'installation de matériel de communication.

Si je pense à l'industrie canadienne du téléphone, nous avons travaillé pour British Columbia Tel., Quebec Tel., Bell, évidemment, Manitoba Telephone System, Saskatchewan Government Telephone, City of Edmonton Telephones, Alberta Government Telephones. Essentiellement, pour les entreprises canadiennes de téléphone et pour des pays étrangers comme la Turquie, où le réseau s'appelle P.T.&T. Postes Télégraphes etc., le Nigeria, c.-à-d. le gouvernement du Nigeria, la Jamaïque, une société indépendante de téléphone, donc, ce genre de clients.

Puis, Watt précise que le service de l'installation de la société est [TRADUCTION] «un service au sein d'une division» et que Telecom exploite dix-sept établissements industriels au Canada.

One can read through the thirteen volumes of evidence, only to find that that is the sum total of the evidence on the corporate and business relationships of Telecom.

As for the role of the installers within the system, there is some testimony on the part of Watt in response to questioning by the Chairman of the Board:

The functions of the installer are to broadly put, assemble, cable, wire, adjust or verify and test a given piece of equipment, system or whatever, depending on the man's skill.

In other words, if you could visualize this room without any furniture or equipment in it, that is what the central office looks like when we first arrive. The equipment is laid out and structures are erected to support the components to be assembled.

The next natural sequence, of course, is to cable it to the various frames, interconnecting bays, switchboards, whatever, to bring it all together. The installer's work is limited to taking it to what we call the main frame, if you will, and from there on out it is the telephone cable that go in the manhole and the poles, etc., are usually installed by the telephone companies.

However, in some contracts that we have had, we have taken it all on, that is the outside cabling and the construction of the building, almost like a turnkey operation, so the installer works, generally, within a central office. Although we have transmission installers who will work on towers on the wave guides, horns, reflectors and so on.

Q. Does the work encompass after that the maintenance of that equipment?

A. We, as a general rule, do not do maintenance unless it is a specific request of the customer for one or two installers or supervisors to stay behind to help train the customer and maintain the office. And they are on separate orders.

We do provide customer training and we will, if requested by the customer, leave a skilled person or manager there to help him to get his system into service. That is generally what happens in the U.S.A.

Q. And, therefore, in those circumstances, your installers in fact operate the system?

A. In some instances.

C'est tout ce que nous apprend la lecture des treize volumes de la preuve sur les relations commerciales et juridiques de Telecom.

En ce qui concerne le rôle des installateurs au sein du service, Watt le décrit comme suit, en réponse à une question du président du Conseil:

[TRADUCTION] De façon générale, les fonctions de l'installateur consistent à placer, assembler, installer des câbles et fils, ajuster ou vérifier et contrôler un équipement ou système, tout dépendant de ses qualifications.

En d'autres mots, si vous pouvez vous imaginer cette pièce vide, c'est à cela que ressemble le centre de communication avant que nous nous mettions à la tâche. Le matériel est mis en place et les structures destinées à recevoir les éléments à être assemblés sont construites.

Il s'agit ensuite, bien sûr, de le relier par câble aux divers répartiteurs, baies conjuguées, tableaux de distribution et ainsi de suite, pour faire un tout intégré. Le travail de l'installateur ne consiste qu'à relier le matériel à ce que nous appelons le répartiteur principal et, à partir de là, le câble téléphonique qui passe par un puits d'accès et des poteaux etc. . . . est habituellement installé par la société de téléphone.

Cependant, il est déjà arrivé que, conformément à certains contrats, nous avons fait tout le travail, c.-à-d. le câblage extérieur et la construction de l'édifice, presque clé en main, de sorte que dans de tels cas, l'installateur travaille généralement dans un centre de communication. Certains de nos installateurs travaillent dans des tours y installant des guides d'ondes, des avertisseurs, des réflecteurs, etc.

Q. Le travail comprend-il l'entretien de l'équipement?

R. En règle générale, nous ne nous occupons pas de l'entretien à moins que le client demande spécifiquement l'aide d'un installateur ou deux ou de surveillants afin de former son personnel et de voir à l'entretien. Ces demandes sont toujours traitées séparément.

Nous offrons un service de formation et, si le client le demande, nous laissons une personne ou un gérant qualifié sur place afin de l'aider à faire fonctionner le réseau. C'est généralement le cas aux États-Unis.

Q. De sorte que dans un tel cas, vos installateurs font effectivement fonctionner le réseau?

R. Dans certains cas.

In response to questions from counsel for Telecom on re-examination, with respect to the importance of the various functions of the installation department, Watt observed:

The large bulk of our work consists of installing new and/or re-used equipment and testing it. The predominance of our work is in that area. The . . .

CHAIRMAN: Can you get any closer than that, 75% 80%?

A. Oh! I would say that it would be in the high 90's, of the kinds of work we do. Relating to instructing customers or assisting them on maintenance, a very small percentage occasional customer's request as distinct to in the U.S.A. of course, our people usually remain there for the cut-over and perhaps a week or two after assisting the telephone company. But in volume of work and time, it is a very small percentage.

Further, on the subject of testing, Watt testified:

Q. How do you rate testing in terms of complexity by comparison to other functions that have to be performed during an installation job?

A. Testing is, again, depending on the system and the unit being worked on, could be from very simple to extremely complex, solid state, etc.

Q. What is the importance of testing?

A. This is the final analysis of what we have sold to our customer as a product that will do a certain thing. The testing ensures that that piece, part or system will, in fact, do what we have sold the customer and meet the specifications.

That is the sum total of the evidence that describes, however scantily, the relationship between installation and operation in the telephone system.

THE DILEMMA

One thing is clear from the earlier discussion of the applicable constitutional principles. In determining whether a particular subsidiary operation forms an integral part of the federal undertaking, the judgment is, as was said in *Arrow Transfer*, a "functional, practical one about the factual character of the ongoing undertaking". Or, in the words of Mr. Justice Beetz in *Montcalm*, to ascer-

Répondant aux questions de l'avocat de Telecom lors du réinterrogatoire, Watt a fait remarquer, au sujet de l'importance des diverses responsabilités du service de l'installation:

[TRADUCTION] La plus grande partie de notre travail consiste à installer de l'équipement neuf ou usagé et à le vérifier. C'est l'essentiel de notre travail.

LE PRÉSIDENT: Plus précisément, est-ce 75%, 80%?

R. Oh! Je dirais que cela constitue plus de 90% de notre travail. La formation du personnel de notre clientèle ou l'aide que nous lui fournissons pour l'entretien de l'équipement sont occasionnelles et ne constituent qu'un infime pourcentage des demandes de la clientèle, contrairement aux États-Unis où nous laissons une équipe sur place pour la mise en service et environ une semaine ou deux après pour aider la société de téléphone. Mais cela ne constitue qu'un faible pourcentage de notre travail et de notre temps.

Puis, parlant de la vérification de l'équipement, Watt a déclaré:

[TRADUCTION] Q. A quel point la vérification de l'équipement est-elle complexe si on la compare aux autres tâches à accomplir durant l'installation?

R. Tout dépend du système et du modèle installé; la vérification peut être très simple ou très compliquée, transistorisée, etc.

Q. Quelle est l'importance de la vérification?

R. C'est le premier examen du produit vendu au client en tant que produit destiné à une certaine fin. La vérification nous permet de nous assurer que la pièce, l'élément ou le système donneront le rendement attendu.

Voilà toute la preuve décrivant, quoique sommairement, le lien entre l'installation et l'exploitation du réseau téléphonique.

LE DILEMME

L'analyse antérieure des principes constitutionnels applicables fait clairement ressortir un point. La décision par laquelle on détermine si une exploitation accessoire fait partie intégrante de l'entreprise fédérale doit être, pour citer l'arrêt *Arrow Transfer*, «un jugement à la fois fonctionnel, pratique sur le caractère véritable de l'entreprise active.» Ou, pour reprendre les mots du juge

tain the nature of the operation, "one must look at the normal or habitual activities of the business as those of 'a going concern', without regard for exceptional or casual factors" and the assessment of those "normal or habitual activities" calls for a fairly complete set of factual findings. The importance of such findings of fact is only heightened when one considers that some question exists here as to the presence of both federal and provincial undertakings, requiring close and careful consideration of the connection between this particular subsidiary operation and the core undertakings.

Equally clear from the record is the near-total absence of the relevant and material "constitutional facts" upon which such a delicate judgment must be made. On the evidence in the record, this Court is simply not in a position to resolve the important question of constitutional jurisdiction over the labour relations of the employees involved in the installation department of Telecom.

The absence of any such evidence can be almost wholly attributed to the ambiguous stance taken by Telecom before the Board. Counsel for Telecom drew the Board's attention to the fact that the Telecom reply to the Union's application did not suggest that the Board lacked jurisdiction. Counsel assured the Board, subject to its "reservation", that "this respondent will not contest this Board's jurisdiction" and "once again stated we will not contest the Board's jurisdiction". As Telecom made no challenge to the Board's jurisdiction, neither Telecom nor the Union adduced constitutional facts, and jurisdiction was not argued, before the Board. No further evidence was adduced before the Federal Court of Appeal on the s. 28 application to review and set aside the decision of the Board.

I am inclined toward the view that, in the absence of the vital constitutional facts, this Court would be ill-advised to essay to resolve the constitutional issue which lurks in the question upon which leave to appeal has been granted. One must keep in mind that it is not merely the private interests of the two parties before the Court that are involved in a constitutional case. By definition, the interests of two levels of government are also

Beetz dans *Montcalm*, pour déterminer la nature de l'exploitation, «il faut considérer les activités normales ou habituelles de l'affaire en tant qu'«entreprise active» sans tenir compte de facteurs exceptionnels ou occasionnels» et l'évaluation de ces «activités normales ou habituelles» exige des conclusions de fait assez complètes. Ces conclusions de fait prennent encore plus d'importance lorsque le litige porte sur des entreprises à la fois fédérales et provinciales, nécessitant une analyse poussée et attentive du lien entre l'exploitation accessoire et l'exploitation principale.

La lecture du dossier révèle l'absence quasi totale de preuve concernant les faits pertinents, nécessaires à la solution d'un litige aussi délicat. En réalité, le dossier est tellement incomplet que la Cour ne peut trancher l'importante question de la compétence constitutionnelle en matière de relations de travail concernant les employés travaillant pour le service de l'installation de Telecom.

Cette absence de preuve est presque entièrement attribuable à la position équivoque de Telecom devant le Conseil. L'avocat de Telecom a attiré l'attention du Conseil sur le fait que la réponse de Telecom à la requête du syndicat ne laissait aucunement entendre que le Conseil n'était pas compétent. L'avocat a assuré le Conseil, tout en faisant une «réserve», que «l'intimée ne contestera pas la compétence du Conseil» et a répété «nous ne contesterons pas la compétence du Conseil». Comme Telecom n'a pas contesté la compétence du Conseil, ni Telecom ni le syndicat n'ont fait la preuve des faits pertinents à la question constitutionnelle et présenté d'argumentation sur cette question devant le Conseil. Aucune preuve supplémentaire n'a été présentée à la Cour d'appel fédérale lors de la demande d'examen et d'annulation de la décision du Conseil présentée en vertu de l'art. 28.

Je suis donc enclin à penser qu'en l'absence de preuve des faits essentiels, cette Cour serait malavisée de tenter de résoudre la question d'ordre constitutionnel sous-entendue dans la question sur laquelle l'autorisation d'appel a été accordée. Il ne faut pas oublier qu'un litige constitutionnel ne s'arrête pas aux intérêts privés des deux parties devant la Cour. Par définition, les intérêts des deux paliers de gouvernement sont également con-

engaged. In this case, the appellant did not apply to the Court, pursuant to Rule 17 of the *Supreme Court Rules*, for the purpose of having a constitutional question stated. If the appellant had intended to raise a question as to the constitutional applicability of the *Canada Labour Code*, then the obligation was upon the appellant to assure that the constitutional issue was properly raised. As no constitutional question was stated nor notice served upon the respective Attorneys General, the Court lacks the traditional procedural safeguards that would normally attend such a case and the benefit of interventions by the governments concerned.

There is always the overriding concern that the constitution be applied with some degree of certainty and continuity and regularity and not be wholly subject to the vagaries of the adversarial process. The case at bar is an apt demonstration of the occasional vagaries of that adversarial process.

CONCLUSION

How is the Court to dispose of this case and resolve this dilemma? The matter could be referred back to the Board to hear evidence, find facts and consider arguments on the constitutional question. I do not think this would be an appropriate disposition of this case. The Union applied on April 22, 1974 to the Board for certification of the bargaining unit which is the subject-matter of these proceedings. To refer the whole affair back to the Board for a re-hearing would start the matter all over again. Over five years have passed. It would work a grave injustice on the employees seeking certification and reward the employer for the equivocal, and if I may say so, questionable tactics which it saw fit to adopt.

Telecom did not raise the constitutional question before the Board, nor did Telecom there take the position that the Board lacked a *prima facie* basis of facts upon which it could conclude that it had jurisdiction. Absent any serious challenge to its jurisdiction, the Board dealt with this issue briefly and assumed jurisdiction. Telecom, by its actions, effectively deprived a reviewing court of the neces-

cernés. En l'espèce, l'appelante n'a pas demandé que la question constitutionnelle soit arrêtée en conformité de la Règle 17 des *Règles de la Cour suprême*. Si l'appelante avait l'intention de contester l'applicabilité constitutionnelle du *Code canadien du travail*, elle devait s'assurer que la question constitutionnelle soit valablement soulevée. Or comme aucune question constitutionnelle n'a été définie et comme les procureurs généraux respectifs n'ont pas été avisés du débat, la Cour n'a pas les garanties qu'offre la procédure qui accompagne habituellement ce genre de litiges ni le bénéfice des interventions des gouvernements concernés.

Il ne faut jamais oublier que la constitution doit être appliquée de façon continue et régulière et ne doit pas dépendre des aléas du système de procès contradictoires. La présente espèce est un bon exemple des aléas qu'il peut comporter.

CONCLUSION

Comment cette Cour doit-elle trancher ce litige et résoudre ce dilemme? L'affaire pourrait être renvoyée au Conseil pour qu'il entende des témoignages, parvienne à des conclusions de fait et étudie les plaidoiries sur la question constitutionnelle. Je ne pense pas que cette façon de procéder soit appropriée en l'espèce. Le litige dure depuis le 22 avril 1974, date à laquelle le syndicat a présenté au Conseil une demande d'accréditation pour l'unité de négociation en question. Renvoyer le dossier au Conseil pour une nouvelle audition nous remettrait au point de départ. Plus de cinq ans se sont écoulés. Cela entraînerait un grave préjudice pour les employés qui demandent l'accréditation et récompenserait l'employeur pour les moyens équivoques et, si j'ose dire, douteux qu'il a employés.

Telecom n'a pas soulevé la question constitutionnelle devant le Conseil; elle n'a pas non plus prétendu que le Conseil manquait de données de base essentielles pour conclure qu'il était compétent. En l'absence de toute contestation sérieuse de sa compétence, le Conseil a rapidement tranché la question et présumé qu'il était compétent. Par son attitude, Telecom a effectivement privé la Cour

sary "constitutional facts" upon which to reach any valid conclusion on the constitutional issue.

After consideration of the full record in all its thirteen volumes, a record which the Court did not have available to it upon granting leave, I have concluded that this Court is in no position to give a definitive answer to the constitutional question raised. I think we must leave that question to another day and dismiss the appeal simply on the basis that the posture of the case is such that the appellant has failed to show reversible error on the part of the Canada Labour Relations Board.

I would dismiss the appeal with costs throughout to the Union.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Ogilvy, Montgomery, Renault, Clarke, Kirkpatrick, Hannon & Howard, Montreal.

Solicitors for the respondent: Golden, Levinson, Toronto.

Solicitor for the Canada Labour Relations Board: L. M. Huart, Ottawa.

siégeant en révision de la preuve des faits essentiels pour parvenir à une conclusion valable sur la question constitutionnelle.

Après une analyse poussée des treize volumes de la preuve, un dossier que la Cour n'avait pas lors de l'autorisation d'appel, je conclus que la Cour n'est pas en mesure de trancher nettement la question constitutionnelle. Ce sera donc pour une autre fois et je suis en conséquence d'avis de rejeter le pourvoi pour l'unique motif que d'après le dossier, l'appelante n'a pas réussi à démontrer que le Conseil canadien des relations de travail avait commis une erreur donnant lieu à l'annulation de sa décision.

Le pourvoi est rejeté avec dépens en faveur du syndicat dans toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Ogilvy, Montgomery, Renault, Clarke, Kirkpatrick, Hannon & Howard, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Golden, Levinson, Toronto.

Procureur du Conseil canadien des relations de travail: L. M. Huart, Ottawa.

Olympic Towers Limited (Plaintiff)
Applicant;

and

Shervale Developments Inc. and Douglas Edwards (Defendants) Respondents.

1979: October 4.

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

ON AN APPLICATION FOR LEAVE TO APPEAL

Appeal — Abuse of judicial process — Motion for leave to appeal — Proceedings taken as delaying tactics — Proceedings taken against good faith — Misuse of judicial procedures by applicant — Reference to Court of Appeal for consideration as to what action may be required.

Appeal — Motion for leave to appeal — Agency — Fiduciary duty — Res judicata — Failure to raise all issues — Whether further litigation permissible — Misuse of judicial procedures — Reference to Court of Appeal.

MOTION FOR LEAVE TO APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario allowing in part an appeal by the plaintiff [i.e. allowing plaintiff to continue its action in damages but dismissing the action for the property] from a judgment of O'Leary J. at first instance dismissing by way of interlocutory application an action for damages and for the property. Application dismissed with costs; reference to the Court of Appeal for Ontario for such action as may be required.

Morris Kertzer, for the applicant.

Hyman Soloway, Q.C., for the respondents.

David W. Scott, for the Owner, Robert A. Lalonde, in Trust.

The judgment of the Court was delivered orally by

RITCHIE J.—We are all of opinion that this is not a case in which leave to appeal should be

Olympic Towers Limited (Demanderesse)
Requérante;

et

Shervale Developments Inc. et Douglas Edwards (Défendeurs) Intimés.

1979: 4 octobre.

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

SUR UNE DEMANDE D'AUTORISATION DE POURVOI

Appel — Abus de procédures judiciaires — Requête en autorisation de pourvoi — Mesures dilatoires — Procédures entamées de mauvaise foi — Emploi abusif de procédures judiciaires par la requérante — Renvoi à la Cour d'appel pour décider des mesures à prendre.

Appel — Requête en autorisation de pourvoi — Mandat — Devoir du fiduciaire — Chose jugée — Défaut de soulever toutes les questions — D'autres procédures peuvent-elles être permises? — Emploi abusif de procédures judiciaires — Renvoi à la Cour d'appel.

REQUÊTE EN AUTORISATION DE POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario accueillant en partie l'appel de la demanderesse [c.-à-d. permettant à l'appelante de poursuivre son action en dommages-intérêts mais rejetant l'action relative au droit de propriété] à l'encontre d'un jugement du juge O'Leary qui a rejeté, sur demande interlocutoire, une action visant des dommages-intérêts et le droit de propriété. Demande rejetée avec dépens; renvoi à la Cour d'appel de l'Ontario pour qu'elle décide des mesures qui peuvent s'imposer.

Morris Kertzer, pour la requérante.

Hyman Soloway, c.r., pour les intimés.

David W. Scott, pour le propriétaire, Robert A. Lalonde, en fiducie.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE RITCHIE—Nous sommes tous d'avis qu'il ne s'agit pas d'une affaire où l'autorisation de

granted—the application is accordingly dismissed with costs.

This proceeding has given this Court much concern entailing as it has a misuse of judicial procedures. Considering all the circumstances, we have determined that the actions of the applicant have been such as to require that this Court forward to the Court of Appeal of Ontario the documents filed herein by all parties for consideration by that Court as to what action, if any, this conduct may require.

Application dismissed with costs.

Solicitor for the plaintiff, applicant: Morris Kertzer, Ottawa.

Solicitors for the defendants, respondents: Soloway, Wright, Houston & Co., Ottawa.

Solicitors for the Owner, Robert A. Lalonde, in Trust: Scott & Aylen, Ottawa.

pourvoi doit être accordée—la demande est donc rejetée avec dépens.

Pareil emploi abusif de procédures judiciaires a préoccupé cette Cour au plus haut point. Compte tenu de toutes les circonstances, nous avons jugé que les actes de la requérante justifient cette Cour de renvoyer à la Cour d'appel de l'Ontario les documents que toutes les parties ont déposés en l'espèce pour que celle-ci décide des mesures qui peuvent s'imposer.

Demande rejetée avec dépens.

Procureur de la demanderesse-requérante: Morris Kertzer, Ottawa.

Procureurs des défendeurs-intimés: Soloway, Wright, Houston & Co., Ottawa.

Procureurs du propriétaire, Robert A. Lalonde, en fiducie: Scott & Aylen, Ottawa.

Diane Rose Duplisea *Appellant*;

and

The T. Eaton Life Assurance Company
Respondent.

1979: March 6, 7; 1979: June 21.

Present: Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Estey, Pratte and McIntyre JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NEW
BRUNSWICK, APPEAL DIVISION

Insurance — Life insurance — Premiums — Grace period — Late premium offer sent after expiry of grace period — Cheque sent by insured — Status of policy — Death of insured prior to clearing of cheque — Delay in clearing cheque — The Insurance Act, R.S.N.B. 1973, c. I-12, s. 142(1) — Bills of Exchange Act, R.S.C. 1970, c. B-5, s. 167.

The respondent insurance company following the expiry of the grace period sent a late premium offer to its insured. The insured responded and sent a cheque in payment of the overdue premium. The cheque was duly received and deposited, however an unexplained delay of a month occurred in clearing the cheque and before it was presented the insured died. The bank on which the cheque was drawn, having received notice of its customer's death, refused to honour the cheque which was returned to the company with a note marked "deceased". The company thereafter refused to honour the policy insisting on a liberal construction of s. 142(1) of *The Insurance Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-12 which provides in part that where a cheque is given for a premium and payment is not made according to its tenor, the premium shall be deemed not to have been paid. The action by the beneficiary of the policy succeeded at trial where the decision rested upon two grounds, first, that there was nothing in the general provisions of the policy specifically requiring payment of the renewal premiums "in advance" and, second, that s. 142(1) applied primarily to the initial premium and, even if it applied to a renewal, it would not operate as a defence in this case as the non-payment was not the result of a failure or default of the insured but had occurred by operation of law. The Appeal Division reversed, holding that the company was entitled to have the quarterly premiums in advance, that s. 142(1) applied not only to initial premiums but also to periodic payments of premiums and that acceptance of the

Diane Rose Duplisea *Appelante*;

et

La Compagnie d'assurance-vie T. Eaton
Intimée.

1979: 6 et 7 mars; 1979: 21 juin.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Estey, Pratte et McIntyre

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DU
NOUVEAU-BRUNSWICK, DIVISION D'APPEL

Assurance — Assurance-vie — Primes — Délai de grâce — Avis de facturation de la prime échue envoyé après l'expiration de la période de grâce — Chèque envoyé par l'assuré — Statut de la police — Décès de l'assuré avant la présentation du chèque pour encaissement — Délai dans la présentation du chèque pour encaissement — Loi sur les assurances L.R.N.-B. 1973, chap. I-12, par. 142(1) — Loi sur les lettres de change, S.R.C. 1970, chap. B-5, art. 167.

Après l'expiration du délai de grâce, la compagnie d'assurances intimée a envoyé à son assuré un avis de facturation de la prime échue. L'assuré a répondu et a envoyé un chèque en paiement de la prime échue. Le chèque a été dûment reçu et déposé; cependant, le chèque n'a été présenté à l'encaissement qu'après un délai inexpliqué d'un mois et avant sa présentation l'assuré est décédé. Avisée du décès de son client, l'assuré, la banque sur laquelle le chèque était tiré a refusé d'honorer le chèque lequel a été retourné à la compagnie avec la mention "décédé". Par la suite, la compagnie a refusé d'honorer la police insistant sur une interprétation libérale du par. 142(1) de la *Loi sur les assurances*, L.R.N.-B. 1973, chap. I-12 qui prévoit en partie que lorsqu'un chèque est donné en paiement d'une prime et que le paiement n'est pas effectué en conformité de sa teneur, la prime n'est pas réputée avoir été payée. Le bénéficiaire de la police a eu gain de cause dans son action en première instance où la décision était fondée sur deux motifs. Premièrement, rien dans les dispositions générales de la police n'exigeait spécifiquement que les primes de renouvellement soient payées "par anticipation" et, deuxièmement, le par. 142(1) s'applique essentiellement à la prime initiale et même s'il s'applique à une prime de renouvellement, il ne peut constituer un moyen de défense parce qu'en l'espèce le non-paiement ne résulte pas d'une omission ou d'une erreur de l'assuré mais de l'opération de la loi. La Division d'appel a infirmé cette décision, jugeant que la compagnie avait le droit d'exiger le paiement des primes trimestrielles par

cheque by the company was conditional on its being paid when presented for payment.

Held: The appeal should be allowed.

In drafting s. 142(1) no consideration was given to s. 167 of the *Bills of Exchange Act*, a section designed to regulate the relationship between banker and customer. There was here unequivocal conduct amounting to waiver on the part of the insurance company by taking and depositing the cheque, and the death of the insured prior to presentation of the cheque. Since there was a cheque, not dishonoured, in the hands of the insurer or in transit between banks at the time of the happening of the event insured against, the insurer was not entitled to set up the non-payment of the cheque by reason of s. 167 of the *Bills of Exchange Act* as a reason for avoiding the policy. Further if the argument of the company were valid it would have had the benefit of the moneys represented by the cheque for a full month without having been at risk.

Maxon v. Irwin (1907), 15 O.L.R. 81 (Ont. H.C.); *In re A Debtor*, [1908] 1 K.B. 344 (C.A.); *Neill v. Union Mutual Life Insurance Co.* (1882), 7 O.A.R. 171 (Ont. C.A.), affirming (1881), 45 U.C.R. 593 (Q.B.); *McGeachie v. North American Life Insurance Company* (1893), 23 S.C.R. 148, affirming (1893), 20 O.A.R. 187 (Ont. C.A.); *Millet v. The Queen*, [1946] Ex. C.R. 562; *Northern Life Assurance Co. of Canada v. Reierson*, [1977] 1 S.C.R. 390; *Blanchette v. C.I.S. Ltd.*, [1973] S.C.R. 833; *Mutual Life Insurance Co. v. Chattanooga Savings Bank*, 150 P. 190 (1915, S.C. Okla.); *Turner v. Pilot Life Insurance Co.* 120 S.E. 2d 223 (1961, S.C. So. Car.); *Curley v. Briggs* (1920), 53 D.L.R. 351 (Sask. C.A.) referred to.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of New Brunswick, Appeal Division¹ allowing an appeal from a judgment of Barry J.² at trial in an action by the beneficiary of a life insurance policy. Appeal allowed.

Davis G. Barry and Thomas G. O'Neil, for the appellant.

William Goss, for the respondent.

¹ (1978), 86 D.L.R. (3d) 527.

² (1977), 19 N.B.R. (2d) 412.

anticipation, que le par. 142(1) ne s'applique pas uniquement aux primes initiales mais également aux paiements périodiques des primes et que l'acceptation du chèque par la compagnie était conditionnelle à son paiement sur présentation.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

En rédigeant le par. 142(1) on n'a pas songé à l'art. 167 de la *Loi sur les lettres de change*, article adopté afin de régir les rapports entre une banque et son client. L'attitude ici équivalait nettement à une renonciation de la part de la compagnie d'assurances lorsqu'elle a accepté le chèque et l'a déposé, et le décès de l'assuré avant la présentation du chèque. Puisqu'un chèque qui n'a encore subi aucun refus de paiement est en possession de l'assureur ou en transit entre les banques au moment de la réalisation de l'événement qui fait l'objet de l'assurance, l'assureur ne peut invoquer pour annuler la police le non-paiement du chèque par la banque tirée, fondé sur l'art. 167 de la *Loi sur les lettres de change*. De plus, si l'argument de la compagnie était fondé, la compagnie aurait profité de l'argent provenant du chèque pour un bon mois sans avoir encouru de risque.

Jurisprudence: *Maxon v. Irwin* (1907), 15 O.L.R. 81 (H.C. Ont.); *In re A Debtor*, [1908] 1 K.B. 344 (C.A.); *Neill v. Union Mutual Life Insurance Co.* (1882), 7 O.A.R. 171 (C.A. Ont.), confirmant (1881), 45 U.C.R. 593 (Q.B.); *McGeachie c. North American Life Insurance Company* (1893), 23 R.C.S. 148, confirmant (1893), 20 O.A.R. 187 (C.A. Ont.); *Millet c. La Reine*, [1946] R.C.É. 562; *Northern Life Assurance Co. of Canada c. Reierson*, [1977] 1 R.C.S. 390; *Blanchette c. C.I.S. Ltd.*, [1973] R.C.S. 833; *Mutual Life Insurance Co. v. Chattanooga Savings Bank*, 150 P. 190 (1915, S.C. Okla.); *Turner v. Pilot Life Insurance Co.* 120 S.E. 2d 223 (1961, S.C. So. Car.); *Curley v. Briggs* (1920), 53 D.L.R. 351 (C.A. Sask.).

POURVOI à l'encontre du jugement de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick, Division d'appel¹, qui accueillait l'appel d'un jugement du juge Barry² en première instance dans une action intentée par le bénéficiaire d'une police d'assurance-vie. Pourvoi accueilli.

Davis G. Barry et Thomas G. O'Neil, pour l'appelante.

William Goss, pour l'intimée.

¹ (1978), 86 D.L.R. (3d) 527.

² (1977), 19 N.B.R. (2d) 412.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—In this case an insurance company, following expiry of the grace period allowed for payment of a premium, received from the insured and deposited in its bank account a cheque in payment of the overdue premium. An unexplained delay of one month occurred in clearing the cheque, during which period the insured died. A section in the *Bills of Exchange Act*, R.S.C. 1970, c. B-5, provides that the authority of a bank to pay a cheque drawn on it by a customer is determined, i.e. terminated, by notice of the customer's death. The bank on which the cheque was drawn, having received notice of the death of their customer, the insured, returned the cheque to the insurance company with a note marked "deceased".

The insurance company refused to pay to death benefit under the policy, \$20,000, saying it did not have to pay because of a section in *The Insurance Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-12, which provides that where a cheque is given for a premium and payment is not made according to its tenor, the premium shall be deemed not to have been paid. The insurance company sought to escape liability by the unexpected interaction of the two sections. The company insists upon a literal construction of the words of the section of *The Insurance Act*, even though this may work a handicap or an injustice on the beneficiary under the policy. The company, in effect, is relying on the event insured against, namely, the death of the insured, to avoid the contract of insurance. We must examine carefully the policy, the two pieces of legislation to which I have referred, and the authorities, to see whether they lead to such an anomalous result.

First, a little more detail as to the facts and the judicial history of the case. On May 1, 1973, The T. Eaton Life Assurance Company issued its policy No. 215415-6 on the life of Ralph Evans Duplisea, of Central Blissville, Sunbury County, New Brunswick. The "Plan Benefit and event on which the Benefit is payable" were stated to be "\$20,000 on the death of the life insured before 1 May 1978 with provision for renewal until the

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DICKSON—Après l'expiration du délai de grâce accordé pour le paiement d'une prime, une compagnie d'assurances a reçu de l'assuré et déposé à son compte en banque un chèque en paiement de la prime échue. Le chèque n'a été présenté à l'encaissement qu'après un délai inexpliqué d'un mois, période durant laquelle l'assuré est décédé. En vertu de la *Loi sur les lettres de change*, S.R.C. 1970, chap. B-5, le pouvoir d'une banque de payer un chèque tiré sur elle par un client prend fin par notification de la mort du client. Avisée du décès de son client, l'assuré, la banque tirée a retourné le chèque à la compagnie d'assurances avec la mention [TRADUCTION] «décédé».

La compagnie d'assurances a refusé de payer l'indemnité de décès de \$20,000 prévue à la police; elle invoque à cet effet l'article de la *Loi sur les assurances*, L.R.N.-B. 1973, chap. I-12, selon lequel lorsqu'un chèque est donné en paiement d'une prime et que le paiement n'est pas effectué en conformité de sa teneur, la prime n'est pas réputée avoir été payée. La compagnie d'assurances soutient qu'elle ne doit rien en invoquant l'interaction imprévue de ces deux articles. La compagnie maintient que l'on doit interpréter littéralement l'article de la *Loi sur les assurances* même si cela cause un préjudice ou une injustice au bénéficiaire de la police. En définitive, la compagnie se fonde sur l'événement qui fait l'objet de l'assurance, soit le décès de l'assuré, pour annuler le contrat d'assurance. Il y a donc lieu d'étudier attentivement la police, les deux dispositions législatives susmentionnées et la jurisprudence pour déterminer si elles mènent à un résultat aussi anormal.

Tout d'abord, quelques détails sur les faits et l'historique judiciaire de cette affaire. Le 1^{er} mai 1973, la Compagnie d'assurance-vie T. Eaton a délivré la police d'assurance n° 215415-6 sur la vie de Ralph Evans Duplisea, de Central Blissville, comté de Sunbury (Nouveau-Brunswick). Aux termes du contrat, [TRADUCTION] «la prestation de base et l'événement y donnant droit» étaient [TRADUCTION] «\$20,000 advenant le décès de l'as-

expiry date, 1 May 2006." The beneficiary designated in the application was the appellant, Diane Rose Duplisea, then wife of the insured. The premium was \$6.64 monthly, payable on a quarterly basis of \$19.92 per quarter. Premiums were paid regularly until August, 1975. On July 23, 1975 the company sent Mr. Duplisea a notice billing him for the quarterly payment due August 1, 1975. Another notice followed on August 18, and on September 8, a third notice was sent stating that notwithstanding expiry of the 31-day grace period, the premium would be accepted if received within 45 days after its due date, i.e. by September 14, 1975. On September 16, 1975, Mr. Duplisea sent a cheque for the premium to the head office of the insurance company in Toronto. It was received on September 22, 1975. By this time the grace period had expired, as had the 45-day period. The company, however, accepted the cheque and deposited it the same day in its bank account. Four days later, Mr. Duplisea was stricken with a peritoneal haemorrhage and died suddenly in the Oromocto Public Hospital. The cheque was cleared through normal banking channels from Toronto. As I have indicated, however, by the time the cheque arrived in New Brunswick on October 22, Mr. Duplisea's bank had received notice of his death. Pursuant to s.167 of the *Bills of Exchange Act*, reading:

The duty and authority of a bank to pay a cheque drawn on it by its customer, are determined by

- (a) countermand of payment;
- (b) notice of the customer's death.,

the bank returned the cheque with the notation, "deceased". At all material times there were ample funds in Mr. Duplisea's bank account to cover the cheque.

Section 142(1) of *The Insurance Act* of New Brunswick reads as follows:

Where a cheque or other bill of exchange, or a promissory note or other written promise to pay, is given for the whole or part of a premium and payment is not

suré avant le 1^{er} mai 1978, avec possibilité de renouvellement jusqu'à la date d'expiration le 1^{er} mai 2006». Le bénéficiaire désigné dans la proposition est l'appelante, Diane Rose Duplisea, l'épouse de l'assuré. La prime était de \$6.64 par mois payable trimestriellement, pour un total de \$19.92 par trimestre. Les primes ont dûment été payées jusqu'en août 1975. Le 23 juillet, la compagnie a envoyé à M. Duplisea un avis de facturation pour le paiement trimestriel dû le 1^{er} août 1975. Elle a envoyé un autre avis le 18 août; le 8 septembre, elle a fait parvenir un troisième avis précisant que nonobstant l'expiration du délai de grâce de 31 jours, la prime serait acceptée si elle était payée dans les 45 jours de la date d'échéance, c.-à-d. avant le 14 septembre 1975. Le 16 septembre 1975, M. Duplisea a envoyé un chèque en paiement de la prime au siège social de la compagnie d'assurances à Toronto. Ce chèque a été reçu le 22 septembre 1975. A cette date, le délai de grâce et le délai de 45 jours étaient expirés. La compagnie a cependant accepté le chèque et l'a déposé le même jour dans son compte de banque. Quatre jours plus tard, M. Duplisea succombait soudainement à une hémorragie péritonéale à l'hôpital d'Oromocto. Le chèque a été présenté à l'encaissement suivant les voies bancaires normales depuis Toronto. Cependant, comme je l'ai déjà dit, lorsque le chèque est arrivé au Nouveau-Brunswick le 22 octobre, la banque de M. Duplisea avait été avisée de son décès. Et, conformément à l'art. 167 de la *Loi sur les lettres de change* dont voici le texte:

Le devoir et le pouvoir d'une banque de payer un chèque tiré sur elle par son client prennent fin par

- a) contre-ordre de paiement;
- b) notification de la mort du client.

la banque a retourné le chèque avec la mention «décédé». A toutes les époques en cause, le compte en banque de M. Duplisea était suffisamment approvisionné pour honorer le chèque.

Le paragraphe 142(1) de la *Loi sur les assurances* du Nouveau-Brunswick se lit comme suit:

Lorsqu'un chèque ou une lettre de change, ou un billet à ordre ou autre promesse écrite de payer, sont donnés en paiement total ou partiel d'une prime, et que le

made according to its tenor, the premium or part thereof shall be deemed not to have been paid.

The insurance company refused payment of the insurance proceeds contending that, by reason of s. 142(1), the overdue premium was not paid and the insurance was, therefore, out of force at date of death.

At trial, counsel for the insurance company conceded that if the cheque had been honoured on October 22 the company would have paid the face amount of the policy. In rejecting the contentions of the company, the trial judge, Mr. Justice Barry, rested his decision upon two grounds. First, there was nothing in the general provisions of the policy specifically requiring payment of the renewal premiums "in advance". The effect of this was to permit payment of the premium for the quarter commencing August 1, 1975 at any time during the quarter, even though notices sent by the company indicated due dates which would require advance payment. Second, s. 142(1) of *The Insurance Act* applies primarily to the initial premium, and even if it applies to a renewal premium, it would not operate as a defence in this case because the non-payment was not the result of any failure or default by Mr. Duplisea, but by operation of law.

The Appeal Division of the Supreme Court of New Brunswick took a different view. That court held that the company was entitled to bill Mr. Duplisea for the quarterly premiums in advance, and s. 142(1) of *The Insurance Act* applied not only to initial premiums, but also to periodic payments of premiums. As to the point that s. 142(1) only has application when non-payment of the cheque is the result of a "failure or default by the deceased-insured", the Appeal Division had this to say:

Counsel for the insurer conceded at trial that by accepting and depositing the cheque dated September 16, 1975 it had waived tardiness in the payment of the August 1, 1975 premium and had the cheque been paid it would have paid the proceeds of the policy to the beneficiary. Although the insurer accepted the cheque

paiement n'est pas effectué en conformité de leur teneur, la prime ou la fraction de celle-ci n'est pas réputée avoir été payée.

La compagnie d'assurances a refusé de payer l'indemnité et prétend, en se fondant sur le par. 142(1), que puisque la prime due n'a pas été payée, le contrat d'assurance n'était plus en vigueur à l'époque du décès.

En première instance l'avocat de la compagnie d'assurances a admis que si le chèque avait été honoré le 22 octobre, la compagnie aurait payé la valeur nominale de la police. Rejetant les arguments de la compagnie, le juge Barry de première instance a fondé sa décision sur deux motifs. Premièrement, rien dans les dispositions générales de la police n'exigeait spécifiquement que les primes de renouvellement soient payées «par anticipation». Cela avait l'effet de permettre le paiement de la prime pour le trimestre commençant le 1^{er} août 1975 en tout temps durant le trimestre, même si les avis envoyés par la compagnie spécifiaient des dates d'échéance qui exigeaient le paiement par anticipation. Deuxièmement, le par. 142(1) de *Loi sur les assurances* s'applique essentiellement à la prime initiale et même s'il s'applique à une prime de renouvellement, il ne peut constituer un moyen de défense parce qu'en l'espèce le non-paiement ne résulte pas d'une omission ou d'une erreur de M. Duplisea mais de l'opération de la loi.

La Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick a adopté une opinion différente. Elle a jugé que la compagnie avait le droit d'exiger que M. Duplisea paie les primes trimestrielles par anticipation et que le par. 142(1) de la *Loi sur les assurances* ne s'applique pas uniquement aux primes initiales mais également aux paiements périodiques des primes. Au sujet de l'application du par. 142(1) dans le seul cas où le non-paiement du chèque résulte [TRADUCTION] «d'une omission ou d'une erreur du défunt-assuré», la Division d'appel a dit:

[TRADUCTION] L'avocat de l'assureur a admis en première instance qu'en acceptant et en déposant le chèque daté du 16 septembre 1975, ce dernier avait renoncé à invoquer le retard du paiement de la prime du 1^{er} août 1975 et que si le chèque avait été payé il aurait versé le produit de la police au bénéficiaire. Même si

such acceptance was conditional upon the cheque being paid when presented for payment.

In *Falconbridge, Banking and Bills of Exchange* (7th Ed. 1969) 789 it states:

The taking of a bill does not suspend the creditor's remedy on a speciality, or by distress or on a secured debt, there being no presumption that the creditor is deprived of a better remedy than an action on the bill, but in other cases a creditor who takes a bill in respect of a pre-existing debt presumably takes it as conditional payment of the debt.

As the cheque was not paid accordingly to its tenor it follows that the premium was not paid, which was a condition for reinstatement of the policy, and the policy must be deemed to have lapsed on the expiry of the 31 day period of grace, namely on September 1, 1975.

In this Court argument was confined to two points. It was submitted that the Appeal Division erred in law in finding that the premium for the quarter commencing August 1, 1975 was payable in advance. This Court considered that argument without merit and did not call upon counsel for the insurance company to respond to it. Then it was submitted that the Appeal Division erred in finding the cheque forwarded to the insurance company was not paid "according to its tenor", and thus, by the application of s. 142(1) of *The Insurance Act*, the premium was deemed not to have been paid. The argument was developed in this fashion. The reason the cheque in payment of the premium was not honoured by Mr. Duplisea's bank was, by operation of law, the very event insured against, i.e. the death of Duplisea. The return of the cheque by the bank did not constitute non-payment "according to its tenor", but was in fact non-payment exactly in accordance with the tenor. The "tenor" of a cheque is the whole of the contract into which the makers intended to enter, including s. 167 of the *Bills of Exchange Act*: see *Maxon v. Irwin*,³ at pp. 88 and 91. The payment a cheque "according to its tenor" is payment by the bank on presentment during the lifetime of the maker, or by his estate on presentment after his death. That was the argument of the appellant, but

³ (1907), 15 O.L.R. 81 (Ont. H.C.).

l'assureur a accepté le chèque, cette acceptation était conditionnelle au paiement du chèque sur présentation.

Dans *Falconbridge, Banking and Bills of Exchange* (7^e éd. 1969) 789, on peut lire:

L'acceptation d'une lettre de change ne suspend pas le recours du créancier fondé sur un contrat formel ou une dette garantie ou par saisie-gagerie, parce qu'on ne peut présumer que le créancier est privé d'un meilleur recours que l'action fondée sur la lettre de change, mais dans les autres cas, on peut présumer que le créancier qui accepte une lettre de change pour une dette antérieure l'accepte à titre de paiement conditionnel de la dette.

Comme le chèque n'a pas été payé en conformité de sa teneur, il s'ensuit que la prime n'a pas été payée et ce paiement était essentiel au renouvellement de la police; il faut donc considérer que la police a expiré à la fin du délai de grâce de 31 jours, soit le 1^{er} septembre 1975.

La plaidoirie présentée devant cette Cour n'a porté que sur deux points. On a prétendu que la Division d'appel avait commis une erreur de droit en jugeant que la prime pour le trimestre commençant le 1^{er} août 1975 était payable par anticipation. Cette Cour a estimé que cet argument n'était pas fondé et n'a donc pas demandé à l'avocat de la compagnie d'assurances de le réfuter. Puis on a allégué que la Division d'appel avait commis une erreur en jugeant que le chèque envoyé à la compagnie d'assurances n'avait pas été payé «en conformité de sa teneur» et qu'en vertu du par. 142(1) de la *Loi sur les assurances*, la prime était réputée ne pas avoir été payée. Voici comment on a exposé cet argument: c'est l'évènement qui fait l'objet de l'assurance, c.-à-d. le décès de Duplisea qui constitue, par l'opération de la loi, la raison pour laquelle la banque de M. Duplisea n'a pas honoré le chèque destiné à payer la prime. Le renvoi du chèque par la banque n'est pas un non-paiement «en conformité de sa teneur» mais constitue plutôt un non-paiement exactement conforme à sa teneur. La «teneur» d'un chèque est l'ensemble du contrat auquel le tireur a voulu souscrire, ce qui comprend l'art. 167 de la *Loi sur les lettres de change*: voir *Maxon v. Irwin*³ aux pp. 88 et 91. Le paiement d'un chèque «en conformité de sa teneur» est le paiement par la banque sur présentation du

³ (1907), 15 O.L.R. 81 (H.C. Ont.).

I would prefer to rest the case on somewhat different ground.

Section 142(1) is found in Part V of the New Brunswick *Insurance Act*, the part applicable to life insurance. This portion of the Act reflects the major revision to the uniform life insurance act made in 1962 and enacted by the common law provinces. A reading of s. 142(1) makes it clear that the acceptance by the insurer of a cheque is not to be construed as an absolute payment of the premium, merely because the insurer accepts the instrument in payment of the premium. This accords with the common law, where payment by means of a cheque, bill of exchange or promissory note is strongly presumed to be conditional payment, unless it can be proved that the debtor gave and the creditor took the instrument intending it to be absolute payment: see *Chalmers on Bills of Exchange* (13th ed., 1964), pp. 338, 342. If the cheque is not paid "according to its tenor", i.e. is dishonoured, the premium for which it was given is deemed not to be paid. As McVitty observes in *The Life Insurance Laws of Canada* (1976) at p. C-34, by the terms of the old uniform life insurance act, "the non-payment of the premium under such circumstances made the contract void and this unusual feature has been removed in the new Act": see *The Life Insurance Act*, 1924 (N.B.), c. 31, s. 12(2) and *The Insurance Act*, R.S.N.B. 1952, c. 113, s. 137(2), amended by 1961 (N.B.), c. 41, s. 133(1) [now s. 142(1)]. In effect, the amendment found in s. 142(1) was intended to benefit the insured by avoiding the potential unjust consequences of a single missed premium payment.

It is quite apparent that in drafting s. 142(1) of *The Insurance Act*, no consideration was given to the implications of s. 167 of the *Bills of Exchange Act*. Section 167 was enacted in order to regulate the relationship of banker and customer, due to the fact that a bank—unlike the drawee on a bill of

chèque durant la vie du tireur ou par sa succession sur présentation du chèque après son décès. Voilà en quoi consiste l'argument de l'appelante; je préfère toutefois fonder ma décision sur un autre motif.

Le paragraphe 142(1) se trouve dans la Partie V de la *Loi sur les assurances* du Nouveau-Brunswick, la Partie applicable à l'assurance-vie. Cette partie de la Loi reflète l'importante refonte contenue dans la loi d'uniformisation de l'assurance-vie rédigée en 1962 et promulguée dans les provinces de *common law*. La lecture du par. 142(1) indique clairement que l'acceptation d'un chèque par l'assureur ne doit pas s'interpréter comme un paiement inconditionnel de la prime simplement parce que l'assureur a accepté l'effet en paiement de la prime. Cela est conforme à la *common law* où le paiement par chèque, lettre de change ou billet à ordre est fortement présumé constituer un paiement conditionnel à moins que l'on puisse prouver que le débiteur a remis l'effet et que le créancier l'a accepté à titre de paiement inconditionnel: voir *Chalmers on Bills of Exchange* (13^e éd., 1964) aux pp. 338 et 342. Si le chèque n'est pas payé «en conformité de sa teneur», c.-à-d. s'il n'est pas honoré, la prime pour laquelle il a été donné est réputée ne pas avoir été payée. Comme le souligne McVitty dans l'ouvrage *The Life Insurance Laws of Canada* (1976) à la p. C-34, en parlant de l'ancienne loi d'uniformisation, [TRADUCTION] «le non-paiement d'une prime dans de telles circonstances rendait le contrat nul et cette sanction inhabituelle ne figure plus dans la nouvelle loi»: voir la *Life Insurance Act*, 1924 (N.B.), chap. 31, par. 12(2) et la *Insurance Act*, R.S.N.B. 1952, chap. 113, par. 137(2), et ses modifications 1961 (N.B.), chap. 41, par. 133(1) [maintenant par. 142(1)]. En définitive, la modification prévue au par. 142(1) visait à favoriser l'assuré en évitant les conséquences injustes qui peuvent résulter d'une seule omission de payer une prime.

Il est manifeste qu'en rédigeant le par. 142(1) de la *Loi sur les assurances*, on n'a pas songé aux répercussions de l'art. 167 de la *Loi sur les lettres de change*. L'article 167 a été adopté afin de régir les rapports entre une banque et son client, étant donné qu'une banque—à la différence du tiré

exchange—is obliged to honour the cheque of its customer if the account is in sufficient funds, and is therefore liable to its customer for wrongful dishonour: see Falconbridge, p. 859. Section 167 creates two exceptions to this obligation: (a) where the customer has effectively countermanded payment, or (b) where the bank has received notice of the customer's death. That this provision affecting the relationship between banker and customer can be raised by an insurance company in order to put a retroactive end to a life insurance policy seems peculiar.

I turn now to the policy and the authorities. My starting point is the provision in the policy which appears under the heading "Death Benefits", and which reads:

On the death of the Life Insured while this policy is in force and before the Expiry Date, the Company will pay to the Beneficiary the amount of Plan Benefit stated in the Policy Schedule.

The obligation to pay death benefits arises "On the death of the Life Insured while this policy is in force." It is at the moment of death that, in my opinion, the effectiveness of the policy must be tested in order to determine the obligation of the insurer. The question, therefore, is whether, as at that date, the policy was in force.

In the course of his judgment the trial judge said:

Questions of waiver and estoppel do not arise as defendant's counsel has agreed that the defendant waived their terms of payment set out in the contract when it accepted a cheque from the deceased and deposited it in its bank account on September 22, 1975, four days before the death of the deceased but possibly after expiration of the last authorized due date which would be September 14, 1975

and later:

Counsel for the defendant admits that the defendant waived the terms of the policy as to lapse in depositing the cheque to its bank account. See *Teasdall v. Sun Life Assurance Co.* (1927) 2 D.L.R. 502 (Ont.C.A.) I am not required to deal with that aspect of the matter because of his admission but I would hold that the defendant waived the non-payment within the time it alleges it was due by such acceptance.

d'une lettre de change—est tenue d'honorer le chèque de son client si le compte est suffisamment approvisionné et est en conséquence responsable envers ce dernier si elle refuse à tort d'honorer le chèque: voir Falconbridge, p. 859. L'article 167 prévoit deux exceptions: a) lorsque le client a donné un contre-ordre de paiement, ou b) lorsque la banque a reçu une notification de la mort du client. Il semble plutôt étrange qu'une compagnie d'assurances puisse invoquer cette disposition concernant la relation entre la banque et son client pour annuler rétroactivement une police d'assurance-vie.

J'en viens maintenant à l'étude de la police et de la jurisprudence. Voyons d'abord la disposition suivante de la police que l'on trouve sous l'intitulé «Prestations de décès»:

[TRADUCTION] Au décès de la Personne Assurée, pendant que cette police est en vigueur et avant la Date d'Échéance, la Compagnie paiera au Bénéficiaire la Prestation de Base stipulée dans les Conditions Particulières de la Police.

L'obligation de payer l'indemnité de décès survient «au décès de la Personne Assurée pendant que cette police est en vigueur». A mon avis, c'est de la date du décès que dépendent la validité de la police et l'obligation de l'assureur. Il faut donc déterminer si la police était en vigueur à cette date précise.

Dans son jugement, le juge de première instance dit:

[TRADUCTION] Il ne peut être question de renonciation ou de fin de non-recevoir car l'avocat de la défenderesse a admis que cette dernière avait renoncé aux conditions de paiement énoncées dans le contrat lorsqu'elle a accepté le chèque du défunt et l'a déposé dans son compte de banque le 22 septembre 1975, quatre jours avant le décès, mais après l'expiration, le 14 septembre 1975, de la dernière prorogation de délai.

Et il a ajouté plus loin:

[TRADUCTION] L'avocat de la défenderesse admet que celle-ci a renoncé aux conditions de déchéance de la police en déposant le chèque dans son compte de banque. Voir *Teasdall v. Sun Life Assurance Co.* (1927) 2 D.L.R. 502 (C.A. Ont.). Vu cet aveu, je n'ai pas à me prononcer sur cet aspect de la question mais j'estime qu'en acceptant le chèque, la défenderesse a renoncé à invoquer l'absence de paiement pendant le délai qu'elle prétend applicable.

In argument before us, counsel for the insurance company said that Mr. Justice Barry was in error in describing counsel's concession as broadly as he did, and that the concession made was more accurately defined in the passage from the judgment of the Appeal Division quoted earlier. I do not think that anything turns upon the amplitude of the concession. Mr. Justice Barry found that the policy was revived by the insurer accepting the cheque on September 22, and that the non-payment was not caused by any fault of Mr. Duplisea, but by operation of law, *i.e.* s. 167(b) of the *Bills of Exchange Act*. I believe that he was correct in both conclusions.

It is contended, nonetheless, on the part of the insurance company: (i) the acceptance of the cheque was conditional upon the cheque being paid when presented for payment; (ii) the non-payment by the bank meant that the condition for re-instatement of the policy was not met; (iii) thus the policy lapsed effective September 1, 1975. I do not agree.

As the passage from Falconbridge found in the judgment of the Appeal Division states, the taking of the cheque by the insurance company in conditional payment of the premium operates to suspend the remedies of the insurer until the cheque is either cleared or dishonoured: see also *Byles on Bills of Exchange* (23rd ed., 1972), pp. 128, 371-3; *Chalmers on Bills of Exchange*, pp. 338-40. The position of the creditor in this situation is succinctly stated by Gale C.J.H.C. in *Royal Securities Corp. Ltd. v. Montreal Trust Co*⁴ at p. 169:

... I am satisfied that, *prima facie*, the giving of a cheque or other negotiable instrument in payment of a debt is conditional payment only; if honoured, the payment becomes absolute, but, if dishonoured, the original debt remains. A corollary to that proposition is that during the currency of the negotiable instrument, the creditor's original remedies are suspended, subject to being revived if the instrument is dishonoured. In the case of a cheque which is payable on demand, the suspension would remain, not for a specific term, but only until presentment and dishonour.

Devant nous, l'avocat de la compagnie d'assurances a prétendu que le juge Barry avait commis une erreur en donnant un effet aussi absolu à son aveu et que l'interprétation exposée dans l'extrait précité du jugement de la Division d'appel était plus juste. Je ne pense pas que la solution du litige dépende de la portée de l'aveu. Le juge Barry a conclu qu'en acceptant le chèque, le 22 septembre, l'assureur avait ressuscité la police et que le non-paiement ne résultait pas d'une erreur de M. Duplisea mais de l'opération de la loi, c'est-à-dire du par. 167(b) de la *Loi sur les lettres de change*. A mon avis, ces deux conclusions sont exactes.

La compagnie d'assurances prétend néanmoins (i) que l'acceptation du chèque était conditionnelle au paiement du chèque sur présentation; (ii) que le refus de payer de la part de la banque signifiait que la condition relative au renouvellement de la police n'avait pas été remplie; (iii) que la police n'était plus en vigueur le 1^{er} septembre 1975. Je ne suis pas d'accord.

Comme le précise l'extrait de l'ouvrage de Falconbridge cité dans l'arrêt de la Division d'appel, l'acceptation du chèque par la compagnie d'assurances à titre de paiement conditionnel de la prime a pour effet de suspendre les recours de l'assureur jusqu'au paiement ou refus de paiement du chèque: voir également *Byles on Bills of Exchange* (23^e éd., 1972) aux pp. 128 et 371 à 373; *Chalmers on Bills of Exchange*, aux pp. 338 à 340. Voici en quels termes le juge en chef Gale de la Haute Cour expose la situation où se trouve un créancier dans de telles circonstances dans l'arrêt *Royal Securities Corp. Ltd. v. Montreal Trust Co.*⁴ à la p. 169:

[TRADUCTION] Je suis convaincu que, *prima facie*, la remise d'un chèque ou d'un autre effet négociable en paiement d'une dette ne constitue qu'un paiement conditionnel; si l'effet est honoré, le paiement devient inconditionnel mais s'il n'est pas honoré, la dette initiale subsiste. Cette proposition a comme corollaire que pendant que l'effet négociable est en circulation, les recours primitifs du créancier sont suspendus mais peuvent revivre si l'effet n'est pas honoré. Dans le cas d'un chèque payable à vue, la suspension n'est pas en vigueur pendant un délai spécifique mais uniquement jusqu'à la présentation et au refus de payer.

⁴ [1967] 1 O.R. 137 (Ont. H.C.).

⁴ [1967] 1 O.R. 137 (H.C. Ont.).

A good example of the operation of these principles may be found in *In re A Debtor*⁵, where the acceptance by a judgment creditor of a bill of exchange from his debtor was held to bar the creditor from issuing a bankruptcy notice upon the debtor and from obtaining a receiving order against him. In the case at bar, until the cheque was presented for payment at the bank of the insured, the Bank of Montreal in Saint John, New Brunswick, the remedies of the insurance company upon the policy were suspended.

At the date of the death of the insured, then, there had been no non-payment by the insured's bank. At that date, s. 142(1) could not come into play so as to "deem" the premium not to have been paid. Consider the position of the insurance company at the moment of death. Could the insurer allege at that point that the policy had lapsed? Certainly not, as at that point Mr. Duplisea's cheque was still in transit between banks and there had been no dishonour. As I pointed out above, the obligation to pay death benefits arises "on the death of the Life Insured while this policy is in force". The "deeming" of s. 142(1) could only take effect from and after the dishonour, in order to revive the original debt and the remedies of the insurance company upon that debt. This could only occur after Mr. Duplisea's death had crystallized the insurer's obligation to pay the policy benefit.

The authorities to which we have been referred by the respondent are not inconsistent, and, if anything, indicate accord, with this view.

In *Neill v. Union Mutual Life Insurance Co.*⁶ a quarterly premium fell due on August 10, 1879, the insured gave a cheque to the agent of the insurance company on September 24, and asked the agent to hold the cheque until October 1 when funds would be provided at the insured's bank to cover it. The cheque was presented on that date and payment refused. From time to time, the same

⁵ [1908] 1 K.B. 344 (C.A.).

⁶ (1882), 7 O.A.R. 171 (Ont. C.A.) affirming (1881), 45 U.C.R. 593 (Q.B.).

L'arrêt *In re A Debtor*⁵ illustre bien l'application de ces principes; dans ce cas, on a jugé que l'acceptation par le créancier d'un jugement d'une lettre de change de son débiteur l'empêchait de déposer un avis de faillite contre son débiteur et d'obtenir une ordonnance de séquestre contre lui. En l'espèce, les recours de la compagnie d'assurances fondés sur la police étaient suspendus jusqu'à la présentation du chèque pour paiement à la banque de l'assuré, la Banque de Montréal à Saint-Jean (Nouveau-Brunswick).

En conséquence, au moment du décès de l'assuré, sa banque n'avait pas refusé de payer. La disposition du par. 142(1) selon laquelle la prime est «réputée» ne pas avoir été payée ne s'appliquait donc pas à cette date. Examinons la situation de la compagnie d'assurances au moment du décès. L'assureur pouvait-il, à cette date, prétendre que la police n'était plus en vigueur? Certainement pas, car à cette date le chèque de M. Duplisea était toujours en transit entre les banques et n'avait fait l'objet d'aucun refus de paiement. Comme je l'ai déjà souligné, l'obligation de payer l'indemnité en cas de décès survient «au décès de la Personne Assurée pendant que cette police est en vigueur». La disposition du par. 142(1) ne pouvait prendre effet qu'à compter du refus de payer afin de faire revivre la créance primitive et les recours de la compagnie d'assurances fondés sur cette créance. Cela ne pouvait se réaliser qu'après que le décès de M. Duplisea eut cristallisé l'obligation de l'assureur de payer l'indemnité stipulée dans la police.

La jurisprudence invoquée par l'intimée est loin d'être incompatible avec cette opinion et, en réalité, elle l'appuie.

Dans l'arrêt *Neill v. Union Mutual Life Insurance Co.*⁶, il s'agissait d'une prime trimestrielle venant à échéance le 10 août 1879 et l'assuré avait remis un chèque à l'agent de la compagnie d'assurances le 24 septembre en lui demandant de le conserver jusqu'au 1^{er} octobre, date à laquelle son compte serait suffisamment approvisionné. Le chèque a été présenté pour paiement à cette date

⁵ [1908] 1 K.B. 344 (C.A.).

⁶ (1882), 7 O.A.R. 171 (C.A. Ont.) confirmant (1881), 45 U.C.R. 593 (B.R.).

cheque was presented for payment and each time payment refused. On October 21, the agent was informed that the account was in funds, but it then being after banking hours, the cheque was not presented. That night the insured was killed in an accident. The Court of Appeal found that the policy had ceased to be in force on August 11, nothing having been done after October 1 to revive the policy, and the dishonoured cheque lying in the agent's hands not being payment, actual or conditional. *Burton J.A.*, at p. 176, indicated that the result might have been otherwise had the insured died before the first of October.

The next case put forward by the respondent is *McGeachie v. North American Life Insurance Company*⁷. The insured gave a promissory note for the first premium, to be paid at six months from the issuance of the policy on December 6, 1889. The note was three times renewed. The third renewal note matured on October 16, 1890 and remained overdue and unpaid at the time of death of the insured on November 6, 1890. On the day of the death, a letter from the insurance company demanding payment was received by the deceased's brother, but the local agent of the company refused the brother's attempts to pay the note after death. The Court of Appeal found that the policy had lapsed and, in this Court, the appeal was dismissed without hearing from the respondents. In his brief judgment, Mr. Justice King stated at pp. 151-2:

The note was taken as conditional payment of the premium and until it matured the policy was valid, but when it matured and was not paid it came within the first condition and made the policy void. I think the term void in that condition means voidable. The stipulation was for the benefit of the company who had a right to elect whether it should be void or not. Then, was anything done to show an intention on the part of the company that the policy should continue notwithstanding the breach of the condition? I cannot see that what was done was equivalent to an expression of any such intention. The insured had had eleven months of protection under the policy and I cannot see that the request

⁷(1893), 23 S.C.R. 148 affirming (1893), 20 O.A.R. 187 (Ont. C.A.)

mais n'a pu être honoré. Par la suite, ce chèque a maintes fois été présenté pour paiement sans être honoré. Le 21 octobre, l'agent a été informé que le compte était suffisamment approvisionné mais comme c'était après l'heure de fermeture, il n'a pu présenter le chèque pour paiement. Ce soir-là, l'assuré est mort accidentellement. La Cour d'appel a jugé que la police avait cessé d'être en vigueur le 11 août puisque rien n'avait été fait le 1^{er} octobre pour la ressusciter et que le chèque impayé conservé par l'agent ne constituait pas un paiement véritable ni conditionnel. A la p. 176, le juge *Burton* de la Cour d'appel précise que le résultat aurait pu être différent si l'assuré était décédé avant le 1^{er} octobre.

Le deuxième arrêt invoqué par l'intimée est *McGeachie c. North American Life Insurance Company*⁷. L'assuré a remis un billet à ordre pour la première prime, payable six mois après la délivrance de la police, le 6 décembre 1889. Le billet a été renouvelé trois fois. Le troisième renouvellement venait à échéance le 16 octobre 1890; il était échu et impayé au décès de l'assuré le 6 novembre 1890. Le jour du décès, le frère de l'assuré a reçu une demande de paiement de la part de la compagnie d'assurances mais l'agent régional ne lui a pas permis de payer le billet après le décès. La Cour d'appel a jugé que la police n'était plus en vigueur et cette Cour a rejeté le pourvoi sans entendre les intimées. Dans son court jugement, le juge *King* a déclaré aux pp. 151 et 152:

[TRADUCTION] Le billet a été accepté à titre de paiement conditionnel de la prime et jusqu'à son échéance la police était valide, mais lorsqu'il est devenu impayé à l'échéance, la première condition a pris effet et la police est devenue nulle. A mon avis le mot nul employé dans la condition a le sens d'annulable. La stipulation était à l'avantage de la compagnie et cette dernière pouvait décider d'annuler la police. En conséquence, peut-on considérer que la compagnie a manifesté de quelque façon son intention de laisser la police subsister malgré la violation de la condition? A mon avis, on ne peut dire que son attitude manifeste une telle intention. L'assuré a bénéficié de onze mois de protection en vertu de la police

⁷(1893), 23 R.C.S. 148 confirmant (1893), 20 O.A.R. 187 (C.A. Ont.).

for payment of the note would operate as a waiver of the forfeiture.

I agree in the appeal being dismissed.

In the Ontario Court of Appeal, Chief Justice Hagarty noted at p. 190 of the report that "if the assured had acted on and paid the note and the defendants had accepted the payment, I do not doubt that the plaintiff could recover" if the payment were accepted as payment of the premium and not merely payment of the note on a cancelled risk. On the following page, the Chief Justice went further and held that "the company may waive the forfeiture, and so long as they continue renewing or accepting paper the contract may continue".

Another of the cases cited by the respondent is *Millet v. the Queen*⁸. There the deceased, insured by a policy of life insurance under the *Veterans Insurance Act*, died after the premium cheque had been dishonoured, the cheque returned to the Department of Veterans Affairs, and the insured notified of the dishonour. Recovery was properly denied.

Finally, the facts in the case of *Northern Life Assurance Co. of Canada v. Reiersen*⁹, were not unlike those in the above cases. At the date of death of the life insured, the insurance company was in possession of an N.S.F. cheque for the premium. A company agent advised an employee of the insured that the group insurance was out of force and that the N.S.F. cheque should be replaced immediately. The insured died the following day. A week later, an employee of the insured attempted to pay the overdue premium. The appeal was found to be "practically concluded" by the decision in *McGeachie*. As the Court observed in closing, at pp. 397-8:

If the Scobie Company had given Shelemey [the agent] the sum of \$69.20 immediately after March 3 following expiry of the days of grace, other questions might arise as to waiver but the difficulty which remains, so far as the respondent is concerned, is that nothing whatever

et, à mon avis, la demande de paiement du billet ne constitue pas une renonciation à la déchéance.

Je souscris au rejet de l'appel.

En Cour d'appel de l'Ontario, le juge en chef Hagarty a souligné à la p. 190 du recueil que [TRADUCTION] «si l'assuré avait réagi et payé le billet et si la défenderesse avait accepté le paiement, il ne fait aucun doute que la demanderesse aurait gain de cause», si le paiement avait été accepté à titre de paiement de la prime et non du billet relatif à un risque annulé. A la page suivante, le juge en chef est allé plus loin et a statué que [TRADUCTION] «la compagnie peut renoncer à la déchéance, et que tant qu'elle continue à renouveler ou à accepter un billet, le contrat peut subsister».

L'intimée a également cité l'arrêt *Millet c. La Reine*⁸. Dans cette affaire, l'assuré dont la police d'assurance-vie relevait de la *Loi sur l'assurance des anciens combattants*, est décédé après que le chèque remis en paiement de la prime eut subi un refus de paiement, que celui-ci eut été renvoyé au ministère des Affaires des anciens combattants et que l'assuré eut été avisé du non-paiement. L'action en recouvrement a été rejetée à bon droit.

Les faits à l'origine de l'affaire *Northern Life Assurance Co. of Canada c. Reiersen*⁹, ressemblent à ceux des causes précitées. Au décès de l'assuré, la compagnie d'assurances était en possession d'un chèque sans provision donné en paiement de la prime. Un agent de la compagnie a informé un employé de l'assuré que l'assurance-groupe n'était plus en vigueur et qu'il fallait qu'un chèque de remplacement lui soit remis immédiatement. L'assuré est décédé le lendemain. Une semaine plus tard, un employé de l'assuré a tenté de payer la prime échue. On a jugé que le pourvoi était «pratiquement réglé» par l'arrêt *McGeachie*. Comme l'a souligné la Cour à la fin du jugement (aux pp. 397 et 398):

Si la compagnie Scobie avait donné à Shelemey [l'agent] la somme de \$69.20 aussitôt après le 3 mars suivant l'expiration du délai de grâce, d'autres questions pourraient se présenter au sujet de la renonciation mais il reste, en ce qui concerne l'intimée, que rien n'a été fait

⁸ [1946] Ex. C.R. 562.

⁹ [1977] 1 S.C.R. 390.

⁸ [1946] R.C.É. 562.

⁹ [1977] 1 R.C.S. 390.

was done in response to the demand until after the death of Scobie and after advice that the insurance coverage was no longer in force.

In none of these cases do we find the circumstances of the case at bar—unequivocal conduct amounting to waiver on the part of the insurance company by taking and depositing the tardy cheque, and the death of the insured prior to presentment of the cheque for payment. In my view, so long as a cheque, not previously dishonoured, is in the hands of the insurer or in transit between banks at the time of the happening of the event insured against, the insurer cannot set up the non-payment of the cheque by the drawee bank under s. 167 of the *Bills of Exchange Act* as a reason for avoiding the policy. If the policy is in good standing at the date of the event, the benefits under the policy are payable.

There is a further reason for this conclusion. In *Blanchette v. C.I.S. Ltd.*¹⁰, at p. 838 my brother Pigeon rejected out of hand the suggestion that an insurance company should have the benefit of a premium without having been at risk. If the argument of the company in the case at bar were valid, the company would have the benefit of the monies represented by the cheque received from Mr. Duplisea from date of receipt until date of presentment—a full month—without having been at risk. That is what was found objectionable in *Blanchette*.

I find support in two American cases, *Mutual Life Insurance Co. v. Chattanooga Savings Bank*¹¹ and *Turner v. Pilot Life Insurance Co.*¹², where like conclusions were reached on similar facts.

After reading the policy and reviewing the authorities, I am of the opinion that it is possible to give a reasonable meaning to s.142(1) of the *New Brunswick Insurance Act* that meshes with s.167 of the *Bills of Exchange Act*, yet averts the harsh and unusual result for which the company

pour répondre à la demande jusqu'au décès de Scobie et jusqu'à l'avis notifiant que la police d'assurance n'était plus en vigueur.

Les faits d'aucun de ces arrêts ne correspondent à ceux de l'espèce—une attitude équivalant nettement à une renonciation de la part de la compagnie d'assurances lorsqu'elle a accepté le chèque tardif et l'a déposé dans son compte, et le décès de l'assuré avant la présentation du chèque pour paiement. A mon avis, tant qu'un chèque, qui n'a encore subi aucun refus de paiement, est en possession de l'assureur ou en transit entre des banques au moment de la réalisation de l'événement qui fait l'objet de l'assurance, l'assureur ne peut invoquer pour annuler la police le non-paiement du chèque par la banque tirée, fondé sur l'art. 167 de la *Loi sur les lettres de change*. Si la police est en vigueur lors de la réalisation de l'événement, l'indemnité est exigible.

Une autre raison motive cette conclusion. Dans *Blanchette c. C.I.S. Ltd.*¹⁰, à la p. 838, mon collègue le juge Pigeon a nettement rejeté la prétention qu'une compagnie d'assurances pouvait toucher une prime sans avoir encouru de risque. Si, en l'espèce, l'argument de la compagnie était fondé, la compagnie aurait profité de l'argent provenant du chèque reçu de M. Duplisea, de la date de sa réception jusqu'à la date de sa présentation—un bon mois—sans avoir encouru de risque. Cette situation fut jugée inacceptable dans l'arrêt *Blanchette*.

Deux arrêts américains étayaient mon opinion; il s'agit de *Mutual Life Insurance Co. v. Chattanooga Savings Bank*¹¹ et *Turner v. Pilot Life Insurance Co.*¹², où les cours, saisies de faits analogues, sont parvenues à des conclusions semblables.

Un examen de la police et de la jurisprudence me convainc qu'il est possible de concilier le par. 142(1) de la *Loi sur les assurances* du Nouveau-Brunswick et l'art. 167 de la *Loi sur les lettres de change* tout en évitant le résultat pénible et inhabituel auquel parvient la compagnie. Au

¹⁰ [1973] S.C.R. 833.

¹¹ 150 P. 190 (1915 S.C. Okla.).

¹² 120 S.E. 2d 223 (1961, S.C. So. Car.).

¹⁰ [1973] R.C.S. 833.

¹¹ 150 P. 190 (1915, S.C. Okla.).

¹² 120 S.E. 2d 223 (1961, S.C. So. Car.).

contends. As of the date of Mr. Duplisea's death, the policy was in force and thus the death benefits under that policy are payable.

If the drawer dies while a cheque is current, the payee on the cheque, here the respondent, will have a claim against the estate in respect of any premium actually unpaid at the date of death: *Curley v. Briggs*¹³. In the present case, Mr. Justice Barry simply directed a set-off, and I would not disturb his disposition of the matter.

I would allow the appeal, set aside judgment of the Appeal Division and restore the judgment at trial, the whole with costs in this Court and in the Appeal Division.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Clark, Drummie & Company, Saint John.

Solicitors for the respondent: McKelvey, Macaulay, Machum, Saint John.

¹³ (1920), 53 D.L.R. 351 (Sask. C.A.).

moment du décès de M. Duplisea la police était en vigueur et, en conséquence, l'indemnité de décès prévue dans la police est exigible.

Si un tireur décède pendant qu'un chèque est en circulation, le preneur du chèque, en l'occurrence l'intimée, possède un recours contre la succession pour recouvrer une prime impayée au moment du décès: *Curley v. Briggs*¹³. En l'espèce, le juge Barry a simplement ordonné la compensation et il n'y a pas lieu de modifier son jugement.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Division d'appel et de rétablir le jugement de première instance, le tout avec dépens en cette Cour et en Division d'appel.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Clark, Drummie & Company, St-Jean, N.-B.

Procureurs de l'intimée: McKelvey, Macaulay, Machum, St-Jean, N.-B.

¹³ (1920), 53 D.L.R. 351 (Sask. C.A.).

Thomas French *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1979: May 29; 1979: July 18.

Present: Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Pratte and McIntyre JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Murder — Evidence as to confessions by the accused — Witness of dishonourable repute — Witness originally supporting accused's alibi — Charge to the jury — Whether amounting to misdirection — Whether inconsistent with jury's obligation to consider all the evidence — Criminal Code, s. 613(1) (b).

The appellant and Robert Urbanick were charged with murder. At trial Urbanick was acquitted and the appellant convicted and sentenced to life imprisonment. The deceased was discovered shot twice in the head and lying in the back of his pick-up truck. At trial the principal witness was Nadine Deveau who claimed to have heard the appellant plotting the murder with the wife of the deceased. She testified *inter alia* that the appellant had told her that the victim "died like a dog" and had also said "I shot him". Deveau had originally supported an alibi for appellant but some eight or nine months later revealed to the police what she testified to in Court. Considerable defence evidence was led to discredit her, a young woman of unsavory repute, with a criminal record, a history of alcoholism and drug addiction and the reputation of being a liar. The issue on final appeal was limited to consideration of the question on which leave to appeal was granted: whether the Court of Appeal had erred in dismissing the appeal notwithstanding the following direction in the charge of the trial judge in relation to the evidence of Nadine Deveau "... if you are satisfied beyond a reasonable doubt that what she says is true, then you must act upon that; it is your duty to act, and in my view you have no alternative but to find, if you believe her beyond a reasonable doubt, that French was guilty of killing Landers." The issue was not raised in the Courts below.

It was argued with force that the real question was not whether the jury believed Deveau but whether they believed that the confessions which she attributed to the

Thomas French *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1979: 29 mai; 1979: 18 juillet.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Pratte et McIntyre.

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

Droit criminel — Meurtre — Preuve de déclarations faites par l'accusé — Témoin de réputation équivoque — Témoin qui, à l'origine, a fourni un alibi à l'accusé — Directive au jury — La directive était-elle erronée — La directive était-elle incompatible avec l'obligation du jury d'examiner toute la preuve — Code criminel, al. 613(1)b).

L'appellant et Robert Urbanick ont été accusés de meurtre. Au procès, Urbanick a été acquitté et l'appellant déclaré coupable et condamné à l'emprisonnement à vie. Le corps de la victime a été découvert dans la caisse de sa camionnette. Il avait été atteint de deux coups de feu à la tête. Au procès, le principal témoin était Nadine Deveau qui a affirmé avoir entendu l'appellant ourdir le meurtre avec l'épouse de la victime. Elle a témoigné, *inter alia*, que l'appellant lui avait dit qu'il [TRADUCTION] «était mort comme un chien» et lui avait également dit [TRADUCTION] «J'ai tiré sur lui». A l'origine, Deveau avait fourni un alibi à l'appellant mais quelque huit ou neuf mois plus tard elle a dévoilé à la police ce qu'elle a déclaré sous serment en cour. La défense a présenté nombre de preuves pour la discréditer, une jeune femme de réputation équivoque, ayant un casier judiciaire, une histoire d'alcoolisme et de toxicomanie et une réputation de menteuse. Le pourvoi est limité à la question sur laquelle l'autorisation d'appeler a été accordée: la Cour d'appel a-t-elle erré en rejetant l'appel nonobstant la directive suivante contenue dans l'adresse du savant juge de première instance quant au témoignage de Nadine Deveau: «... si vous êtes convaincus au-delà de tout doute raisonnable qu'elle dit la vérité, vous devez décider en conséquence; c'est votre devoir de décider et, à mon avis, vous n'avez pas le choix: si vous la croyez au-delà de tout doute raisonnable, il vous faut conclure que French est coupable d'avoir tué Landers.» Cette question n'a pas été soulevée devant les cours d'instance inférieure.

On fait valoir avec insistance que la véritable question n'est pas de savoir si le jury a cru le témoignage de Nadine Deveau mais plutôt s'il croyait que les déclara-

appellant were true. The case of *Rustad v. The Queen*, [1965] S.C.R. 555, was relied upon.

Held: The appeal should be dismissed.

Rustad is distinguishable from the present case. There was here no discrepancy between the method of killing described in the confession and the cause of death and while there was some evidence of intoxication at the time shortly after the killing, when the appellant allegedly said to Deveau that he had shot the deceased, the jury was not sufficiently impressed by it to reduce the verdict to one of manslaughter. Further there was no evidence of intoxication at the time of the appellant's last inculpatory statement some days later. Nor was there evidence to suggest as was the case in *Rustad* that the appellant was lying when he made the statements. If Deveau was not lying the conversation relating to the murder plot tended to corroborate the confessions. Having regard to all the circumstances, including the whole tenor of the defence, which was one of alibi, the direction in issue did not amount to a misdirection.

Rustad v. The Queen, [1965] S.C.R. 555 distinguished.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ dismissing an appeal by the accused from his conviction on a charge of murder.

Clayton C. Ruby and Dianne L. Martin, for the appellant.

David Watt, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

BEETZ J.—This is an appeal brought with leave of this Court from a judgment of the Ontario Court of Appeal which affirmed the conviction of the appellant entered at trial before Mr. Justice Griffiths sitting with a jury.

The appellant and Robert Urbanick had been charged with committing the murder of one Kenneth Landers on August 9, 1975. At their joint trial, Urbanick was acquitted and the appellant was convicted and sentenced to life imprisonment.

¹ (1977), 37 C.C.C. (2d) 201.

tions qu'elle attribue à l'appellant étaient vraies. L'arrêt *Rustad c. La Reine*, [1965] R.C.S. 555 a été cité à cet égard.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Il faut établir une distinction entre l'espèce et l'arrêt *Rustad*. Il n'existe en l'espèce aucune divergence entre la description du meurtre contenue dans les aveux et la cause du décès et, même s'il a été établi que l'appellant était en état d'ébriété peu après le meurtre quand il aurait dit à Deveau qu'il avait tiré sur la victime, le jury ne semble pas y avoir cru suffisamment pour réduire le verdict à celui d'homicide involontaire coupable. En outre, aucune preuve n'établit que l'appellant était en état d'ébriété lorsqu'il a fait sa dernière déclaration incriminante quelques jours plus tard. De plus, rien ne laisse croire, comme ce fut le cas dans l'arrêt *Rustad*, que l'appellant mentait lorsqu'il a fait ces déclarations. Si Deveau ne mentait pas, alors la conversation relative au complot tendait à corroborer les aveux. Compte tenu de toutes les circonstances, y compris la teneur de la défense, qui en était une d'alibi, la directive en cause n'était pas erronée.

Distinction établie avec *Rustad c. La Reine*, [1965] R.C.S. 555.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ rejetant l'appel interjeté par l'accusé de sa déclaration de culpabilité sur une accusation de meurtre.

Clayton C. Ruby et Dianne L. Martin, pour l'appellant.

David Watt, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BEETZ—Pourvoi est interjeté, avec l'autorisation de cette Cour, d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appellant par la cour de première instance composée du juge Griffiths et d'un jury.

L'appellant et Robert Urbanick ont été accusés du meurtre d'un nommé Kenneth Landers commis le 9 août 1975. Jugés ensemble, Urbanick a été acquitté et l'appellant a été déclaré coupable et condamné à l'emprisonnement à vie.

¹ (1977) 37 C.C.C. (2d) 201.

The Court of Appeal gave a detailed account of the facts in its judgment now conveniently reported in (1978), 37 C.C.C. (2d) 201. For the purpose of this appeal, it will suffice to summarize the facts as follows.

The deceased was discovered by the police on August 10, 1975, lying in the back of his pick-up truck. He had been shot twice in the head.

At trial, the principal Crown witness was a woman by the name of Nadine Deveau. She claimed to have overheard the appellant plotting the murder with the wife of the deceased on the very day of the murder: the deceased was an informer and also, according to Nadine Deveau, his wife was prepared to share with the killer the product of an insurance policy on her husband's life. It was the evidence of Nadine Deveau that, on the evening of August 9, 1975, the appellant told her that Landers "died like a dog". She stated that the appellant had also said: "I shot him". She further testified that at a later date when she had told the appellant that Mrs. Landers was not serious about what had happened and had no idea she would have to pay money, the appellant had replied: "She bloody better remember it".

Nadine Deveau had originally supported an alibi for the appellant but some eight or nine months later she revealed to the police what she testified to in Court. She stated she did not tell the truth earlier to the police because she feared for her life and the life of her child.

Considerable evidence was led by the defence to discredit Nadine Deveau, a young woman of unsavory repute with a criminal record, a history of alcoholism and drug addiction, and the reputation of being a liar.

Leave to appeal was granted upon the following question of law:

Did the Court of Appeal for the Province of Ontario err in dismissing the appeal of the Applicant notwithstanding the following direction contained in the charge of the learned trial judge in relation to the evidence of Nadine Deveau:

La Cour d'appel a fait un exposé détaillé des faits dans son jugement publié à (1978), 37 C.C.C. (2d) 201. Aux fins du pourvoi, le résumé suivant suffit.

Le corps de la victime a été découvert par la police le 10 août 1975 dans la caisse de sa camionnette. Il avait été atteint de deux coups de feu à la tête.

Au procès, le principal témoin du ministère public était une femme dénommée Nadine Deveau. Elle a affirmé avoir surpris l'appelant ourdir le meurtre avec l'épouse de la victime le jour même du meurtre. La victime était un délateur et, selon Nadine Deveau, son épouse était prête à partager avec le meurtrier le produit d'une police d'assurance sur la vie de son époux. Nadine Deveau a témoigné que le soir du 9 août 1975 l'appelant lui a dit que Landers [TRADUCTION] «était mort comme un chien». Elle a affirmé que l'appelant lui avait également dit: [TRADUCTION] «J'ai tiré sur lui». Elle a également témoigné que plus tard, lorsqu'elle avait dit à l'appelant que M^{me} Landers ne parlait pas sérieusement et ne réalisait pas qu'elle aurait à verser l'argent, l'appelant lui avait répondu [TRADUCTION] «Elle est mieux de s'en souvenir».

A l'origine, Nadine Deveau avait fourni un alibi à l'appelant mais quelque huit ou neuf mois plus tard, elle a dévoilé à la police ce qu'elle a déclaré sous serment en cour. Elle a affirmé qu'elle n'avait pas dit la vérité dès le début parce qu'elle craignait pour sa vie et celle de son enfant.

La défense a présenté nombre de preuves pour discréditer Nadine Deveau, une jeune femme de réputation équivoque ayant un casier judiciaire, une histoire d'alcoolisme et de toxicomanie, et une réputation de menteuse.

L'autorisation d'appeler a été accordée sur la question de droit suivante:

La Cour d'appel de la Province d'Ontario a-t-elle erré en rejetant l'appel du requérant nonobstant la directive suivante contenue dans l'adresse du savant juge de première instance quant au témoignage de Nadine Deveau:

... if you are satisfied beyond a reasonable doubt that what she says is true, then you must act upon that; it is your duty to act, and in my view you have no alternative but to find, if you believe her beyond a reasonable doubt, that French was guilty of killing Landers.

We are limited to a consideration of this question. It was not raised in the Court of Appeal; nor had the specific direction contained in the learned trial judge's charge and now in issue been objected to at trial.

The following excerpts from the charge to the jury indicate the context in which the language which is now in question was employed by the learned trial judge:

Now, in this case, the Crown's case against both accused rests very substantially on the evidence of Nadine Deveau, as to conversations she alleges she had with each of the accused. Other than that, there is no direct evidence, as I recall it, against Urbanick; and as against Thomas French, the evidence is, in addition to Nadine Deveau's testimony, almost wholly circumstantial...

Now, the theory of the defence of Thomas French is as follows:

The Crown's case rests on the foundation provided by Nadine Deveau's evidence. She is a self-confessed persistent liar, thief and drug addict. who originally gave the police an alibi for Tom French, and only many months later, in suspicious circumstances, accused Tom French. Because of her character and her propensity to lie, and because of her involvement in crime, it would be dangerous to convict on her evidence. No one who knows her would believe her under oath, and in any event, look to the evidence as regards the story of the original plot to murder Ken Landers; she is supported by no one and contradicted by Mrs. Landers...

Members of the Jury, the whole case really depends on what you think of Nadine Deveau's evidence insofar as it incriminates one or the other of the accused. Obviously she is a key witness. If you do not believe her, or you are in doubt, then that is the end of it. The Crown asked you to believe her; he said she testified for five hours and she stood up well. She honestly admitted things during her cross-examination that were incriminating, for example, that she was wearing a stolen dress that could not otherwise have been proven.

... si vous êtes convaincus au-delà de tout doute raisonnable qu'elle dit la vérité, vous devez décider en conséquence; c'est votre devoir de décider et, à mon avis, vous n'avez pas le choix: si vous la croyez au-delà de tout doute raisonnable, il vous faut conclure que French est coupable d'avoir tué Landers.

Nous devons nous en tenir à cette seule question. Elle n'a pas été soulevée devant la Cour d'appel; on ne s'est pas opposé non plus au procès à la directive précise contenue dans l'adresse du juge du procès et maintenant en litige.

Les extraits suivants tirés de l'adresse au jury donnent une idée du contexte dans lequel le juge du procès a tenu le langage en cause:

[TRADUCTION] Dans ce cas-ci, l'accusation repose essentiellement sur le témoignage de Nadine Deveau quant aux conversations qu'elle prétend avoir eues avec chacun des accusés. Cela mis à part, il n'y a aucune preuve directe, si je me souviens bien, incriminant Urbanick; en ce qui concerne Thomas French, la preuve, outre le témoignage de Nadine Deveau, est presque entièrement indirecte...

La défense de Thomas French se résume ainsi:

L'accusation repose sur le témoignage de Nadine Deveau. Selon ses propres dires, elle est une menteuse impénitente, une voleuse et une toxicomane qui a à l'origine fourni à la police un alibi pour Thomas French et qui, plusieurs mois plus tard, l'a accusé dans des circonstances suspectes. En raison de sa réputation, de sa propension à mentir et de ses antécédents criminels, il serait dangereux de déclarer les accusés coupables sur la seule foi de son témoignage. Quiconque la connaît n'ajouterait foi à son témoignage sous serment ni ne compterait sur son témoignage relativement à l'histoire du complot pour tuer Landers; son témoignage n'est pas corroboré et il est contredit par M^{me} Landers...

Membres du jury, toute l'affaire repose sur l'opinion que vous vous faites du témoignage de Nadine Deveau en tant qu'il incrimine l'un ou l'autre accusé. Évidemment, il s'agit d'un témoin clé. Si vous ne la croyez pas ou entretenez des doutes, alors c'en est fait. Le ministère public vous a demandé de la croire; il dit qu'elle a témoigné pendant cinq heures et qu'elle s'est bien comportée. En contre-interrogatoire, elle a fait des aveux compromettants, par exemple, qu'elle portait une robe volée, et il était impossible d'en faire la preuve autre-

He suggests it took courage for her to testify; you must consider the threats to her. The Crown scoffs at the suggestion she was giving evidence just to avoid what would be a fairly minor conviction for her, conviction for driving while impaired on two occasions, he said it is incredible for you to believe to avoid conviction on those two minor charges, she is prepared to face the risk and to expose herself, as she has.

Now, Defence counsel attacks her credibility. They say she is an admitted thief, she lied about when she had last used drugs, even though she admitted she had been on drugs, but she deliberately lied as to when she had last been on them; she lied about whether she is using drugs currently. It is obvious she had recently been on marijuana, according to the evidence. She lied to the doctor when she was admitted to hospital, and they submit that her lies and the inconsistencies in her story make her evidence very suspect.

The fact is, members of the jury, she is, as I have said, the most crucial witness in this case; and even if she were an independent person, I would direct you in strong terms that you must scrutinize her evidence most carefully, but because she is a person with a criminal record and of ill repute, admittedly ill repute, then you should be even more careful in weighing her evidence which is uncorroborated or unsupported so far as the statements to her are concerned. Members of the Jury, even people with criminal records and people who are on drugs and people who have a bad reputation, are capable of telling the truth. If you assess this girl, on the basis of what you saw of her, as a truthful witness, if you are satisfied beyond a reasonable doubt that what she says is true, then, you must act upon that; it is your duty to act, and in my view you have no alternative but to find, if you believe her beyond a reasonable doubt, that French was guilty of killing Landers.

The whole case against Thomas French rests on the evidence of Nadine Deveau, plus some circumstantial evidence, his admission that he was at the Landers' place at about nine o'clock, at about a time when men came in and Landers was taken away. That is it.

It was argued with force that the real question was not whether the jury believed the evidence of

ment. Il laisse entendre qu'il lui fallait du courage pour témoigner; nous devons tenir compte des menaces dont elle a fait l'objet. Le ministère public s'est moqué de la proposition voulant qu'elle témoigne pour éviter d'écopier de ce qui serait pour elle une condamnation mineure, soit d'avoir conduit à deux reprises alors que ses facultés étaient affaiblies; il a dit qu'il était inconcevable que vous puissiez croire que, pour éviter deux condamnations mineures, elle était prête à prendre le risque et à se mettre ainsi à découvert.

L'avocat de la défense attaque sa crédibilité. Il dit qu'elle est une voleuse reconnue, qu'elle a menti lorsqu'on lui a demandé quand elle avait eu recours à la drogue pour la dernière fois même si elle a admis qu'elle en prenait, mais elle a délibérément menti au sujet de sa dernière consommation de drogues; elle a nié faire couramment usage de drogues. La preuve établit clairement qu'elle avait consommé récemment de la marihuana. Elle a menti au médecin lors de son admission à l'hôpital et il prétend que ses mensonges et l'incohérence de son histoire rendent son témoignage très suspect.

Comme je l'ai dit, elle est en fait, membres du jury, le témoin le plus important dans cette affaire; même s'il s'agissait d'un témoin volontaire, je vous exhorterais fortement à examiner son témoignage avec beaucoup d'attention, mais parce qu'elle possède un casier judiciaire et a une mauvaise réputation, tout le monde en convient, vous devez faire preuve d'encore plus de prudence en évaluant son témoignage qui n'est pas corroboré ou étayé en ce qui concerne les déclarations qui lui auraient été faites. Membres du jury, même les gens qui ont des casiers judiciaires, qui font usage de drogues ou qui ont mauvaise réputation peuvent dire la vérité. Si vous estimez que cette fille, d'après ce que vous pouvez en juger, est un témoin qui dit la vérité, si vous êtes convaincus au-delà de tout doute raisonnable qu'elle dit la vérité, vous devez décider en conséquence; c'est votre devoir de décider et, à mon avis, vous n'avez pas le choix: si vous la croyez au-delà de tout doute raisonnable, il vous faut conclure que French est coupable d'avoir tué Landers.

L'accusation portée contre Thomas French repose entièrement sur le témoignage de Nadine Deveau et sur quelques preuves indirectes, son aveu qu'il était chez Landers vers neuf heures, à peu près au moment où des hommes sont entrés et ont amené Landers. Voilà.

On fait valoir avec insistance que la véritable question n'est pas de savoir si le jury a cru le

Nadine Deveau but whether they believed that the confessions which she attributed to the appellant were true. The case of *Rustad v. The Queen*² was relied upon.

In *Rustad*, the appellant had been charged with the non-capital murder of her mother-in-law and convicted of manslaughter. The only direct evidence connecting the appellant with the death was an alleged confession made to a friend and three alleged statements made to another friend. The appellant was intoxicated when she made the confession and the statements, and there was an inconsistency between the method of killing described in the confession and the cause of death as revealed by medical evidence. It was held by Ritchie J., speaking for the majority, at p. 563, that:

the charge to the jury should . . . have contained specific direction to the effect that the truth of the appellant's alleged admission was to be considered in light of this discrepancy and in light also of the appellant's intoxication at the time when the admission was alleged to have been made.

In the case at bar, there is no discrepancy between the method of killing described in the alleged confession and the cause of death; the appellant is reported to have said: "I shot him" and in fact the victim was shot. While there is evidence of intoxication at the time when the appellant allegedly said to Nadine Deveau that he had shot Kenneth Landers, (which would have been shortly after the actual killing), the jury was not sufficiently impressed by it to reduce the verdict to one of manslaughter. Furthermore, there is no evidence that the appellant was intoxicated when he is reported to have made his last inculpatory statement to Nadine Deveau some days after the date of the murder. Moreover, there is no evidence tending to suggest, as was the case in *Rustad*, that the appellant was lying when he made the incriminating statements. Finally, if Nadine Deveau was not lying, then the conversation relating to the murder plot tended to corroborate the confessions.

For these reasons, I am of the opinion that *Rustad* is clearly distinguishable and that the

² [1965] S.C.R. 555.

témoignage de Nadine Deveau mais plutôt de savoir s'il croyait que les déclarations qu'elle attribuée à l'appelant étaient vraies. L'arrêt *Rustad c. La Reine*² a été cité à cet égard.

Dans l'affaire *Rustad*, l'appelante avait été accusée du meurtre non qualifié de sa belle-mère et déclarée coupable d'homicide involontaire coupable. La seule preuve directe reliant l'appelante au décès était un aveu qu'elle aurait fait à une amie et trois déclarations qu'elle aurait faites à une autre amie. L'appelante était en état d'ébriété au moment de l'aveu et des déclarations et il y avait incompatibilité entre la façon dont elle a admis avoir tué la victime et la cause du décès établie par le témoignage du médecin. Parlant au nom de la majorité, le juge Ritchie a dit (à la p. 563):

l'exposé au jury aurait dû . . . contenir une directive précise indiquant que la véracité des prétendus aveux de l'appelante devait être considérée à la lumière de cette divergence et de l'état d'ébriété où se trouvait l'appelante au moment où elle serait passée aux aveux.

En l'espèce, il n'existe aucune divergence entre la description du meurtre contenue dans les aveux et la cause du décès; l'appelant est censé avoir dit: [TRADUCTION] «J'ai tiré sur lui» et on a effectivement tiré sur la victime. Même s'il a été établi que l'appelant était en état d'ébriété au moment où il aurait dit à Nadine Deveau qu'il avait tiré sur Kenneth Landers, (cette déclaration aurait été faite peu après le meurtre), le jury ne semble pas y avoir cru suffisamment pour réduire le verdict à celui d'homicide involontaire coupable. En outre, aucune preuve n'établit que l'appelant était en état d'ébriété lorsqu'il a fait sa dernière déclaration incriminante à Nadine Deveau quelques jours après le meurtre. De plus, rien ne laisse croire, comme ce fut le cas dans l'arrêt *Rustad*, que l'appelant mentait lorsqu'il a fait les déclarations incriminantes. Enfin, si Nadine Deveau ne mentait pas, alors la conversation relative au complot tendait à corroborer les aveux.

Pour ces motifs, je suis d'avis qu'il faut établir une distinction nette avec l'arrêt *Rustad* et que le

² [1965] R.C.S. 555.

learned trial judge was under no duty to warn the jury that the accused might have been lying when he confessed to Nadine Deveau.

On the other hand, it is argued that the learned trial judge has gone too far in telling the jury that if they believed the witness Deveau, they had no alternative but to find the appellant guilty of killing Landers: such direction might have prevented the consideration of the possibility that the appellant was lying when he made the incriminating statements to Nadine Deveau. But this possibility was purely theoretical in the context of the case. The appellant testified. His defence was an alibi. As for the incriminating statements, he simply and flatly denied having made them but neither he in his testimony nor his counsel before the jury ever suggested that, if he had made them, they were untrue. The whole tenor of the defence was that Nadine Deveau was the liar, not the accused. The record discloses no evidence tending to show that the appellant lied if he made the incriminating statements and there is accordingly no basis from which the argument might derive substance or reality.

Given those circumstances, I cannot be persuaded that the direction in issue amounted to a misdirection. But even if the learned trial judge did err, I am nevertheless satisfied when the charge is read as a whole that this is a case in which no substantial wrong or miscarriage of justice resulted from the error and the provisions of s. 613 (1)(b) of the *Criminal Code* should be applied.

It was also submitted that the direction in issue was inconsistent with the jury's obligation to consider all the evidence. But the learned trial judge repeatedly instructed the jury to consider all of the evidence and his instructions as a whole.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Clayton C. Ruby, Toronto.

Solicitors for the respondent: The Ministry of the Attorney General for Ontario, Toronto.

savant juge du procès n'était pas tenu de prévenir le jury que l'accusé a pu mentir lorsqu'il s'est adressé à Nadine Deveau.

D'autre part, on prétend que le savant juge du procès est allé trop loin en disant au jury que s'il croyait le témoin Deveau, il n'avait d'autre choix que de déclarer l'appelant coupable du meurtre de Landers: cette directive aurait pu empêcher l'examen de la possibilité que l'appelant ait menti lorsqu'il a fait les déclarations incriminantes à Nadine Deveau. Mais, dans le contexte de cette affaire, cette possibilité était purement théorique. L'appelant a témoigné. Il a présenté une défense d'alibi. En ce qui concerne les déclarations incriminantes, il a simplement et carrément nié les avoir faites, mais ni lui au cours de son témoignage, ni son avocat devant le jury, n'ont laissé entendre que, s'il les avait faites, elles étaient fausses. La défense soutient en substance que c'est Nadine Deveau, et non l'accusé, qui mentait. Le dossier ne contient aucune preuve tendant à démontrer que l'appelant a menti s'il a fait les déclarations incriminantes et, en conséquence, cet argument n'a aucun fondement.

Dans ces circonstances, je ne peux me convaincre que la directive en cause est erronée. Même si le savant juge du procès avait erré, je suis néanmoins persuadé, lorsque l'exposé du juge au jury est lu dans son ensemble, qu'il s'agit d'un cas où aucun préjudice important ou déni de justice ne découle de l'erreur et que les dispositions de l'al. 613(1)b) du *Code criminel* doivent être appliquées.

On a également soutenu que la directive en cause était incompatible avec l'obligation du jury d'examiner toute la preuve. Mais le savant juge du procès a enjoint au jury à plusieurs reprises d'examiner toute la preuve et ses directives dans leur ensemble.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Clayton C. Ruby, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Le Ministère du procureur général de l'Ontario, Toronto.

Charles W. McCauley *Appellant*;

and

James G. McVey, G. L. Hudson and Ronald Martin MacFarlane *Respondents*.

1979: February 21; 1979: June 28.

Present: Laskin C.J. and Pigeon, Dickson, Estey and McIntyre JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Real property — Contracts of sale and purchase of land — Closing dates — Time of the essence — Failure of purchaser in first agreement to secure survey and therefore title by closing date — Right of purchaser in second agreement to require specific performance — Effect of stipulation that time shall be of the essence.

Solicitor — Acting for both parties to a transaction — To be avoided if difficulties possible.

Hudson, a real estate agent, sought to interest the appellant in purchasing two lots of land which their owner, Hawkins, was anxious to sell. The appellant indicated interest in buying one of the lots. Hudson interested McVey in both of them and a contract of sale was entered between Hawkins and McVey on December 28, 1972. The contract, under which time was stated to be of the essence, called for completion on or before March 30, 1973, and included a purchaser's obligation to arrange and pay for the survey. On January 3, 1973, the appellant contracted to buy one of the lots from McVey. The agreement was contingent upon the vendor having title by the date set for closing of this sale. The closing date was March 30, 1973, and again time was of the essence.

The purchaser (McVey) here failed to have the surveys completed in time in that although he alerted his surveyor in mid January, 1973 it was not until March 26 that he told him of the closing date and by then it was impossible for the surveyor to meet the date. The trial judge dismissed McCauley's action for specific performance and this was affirmed by the Court of Appeal. A claim for damages against MacFarlane, a solicitor who had acted for both parties, was also dismissed.

Held (McIntyre J. dissenting): The appeal should be allowed, as against the respondent McVey.

Charles W. McCauley *Appellant*;

et

James G. McVey, G. L. Hudson et Ronald Martin MacFarlane *Intimés*.

1979: 21 février; 1979: 28 juin.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Pigeon, Dickson, Estey et McIntyre.

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

Immeubles — Contrats de vente et d'achat d'un terrain — Dates de signature — La date est une condition essentielle — Défaut par l'acheteur partie au premier contrat de faire compléter l'arpentage et ainsi obtenir le titre à la date de la signature — Droit de l'acheteur partie au deuxième contrat d'exiger l'exécution intégrale — Effet de la stipulation selon laquelle la date est une condition essentielle.

Procureur — Agissant pour les deux parties à la transaction — A éviter en cas de difficultés éventuelles.

Hudson, un courtier en immeubles, cherchait à amener l'appellant à acheter deux lots que le propriétaire, Hawkins, était très désireux de vendre. L'appellant a manifesté un intérêt pour l'un des lots. Hudson a éveillé l'intérêt de McVey pour les deux lots et un contrat de vente a été conclu entre Hawkins et McVey le 28 décembre 1972. L'acte de vente, dont la date était une condition essentielle, devait être signé au plus tard le 30 mars 1973. Aux termes de ce document, l'acheteur était tenu de se charger de l'arpentage et d'en supporter le coût. Le 3 janvier 1973, l'appellant s'est engagé à acheter un lot à McVey. La promesse était subordonnée à la condition que le vendeur ait le titre de l'immeuble à la date prévue pour la signature de l'acte de vente. Cette date, savoir le 30 mars 1973, était également une condition essentielle de la promesse.

L'acheteur (McVey) n'a pas fait compléter l'arpentage à la date prévue: en effet, bien que l'arpenteur ait été informé à la mi-janvier 1973, ce n'est que le 26 mars 1973 qu'il a appris la date de la signature des deux contrats et il lui était alors impossible d'achever son travail avant cette date. Le juge de première instance a rejeté l'action de McCauley en vue d'obtenir l'exécution intégrale et ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel. Une demande de dommages-intérêts présentée contre MacFarlane, le procureur qui a agi pour les deux parties, a également été rejetée.

Arrêt (le juge McIntyre étant dissident): Le pourvoi doit être accueilli à l'encontre de l'intimé McVey.

Per Laskin C.J. and Pigeon, Dickson and Estey JJ.: It is trite law that a vendor is under an implied obligation to give title even if the contract is silent, and a purchaser cannot be forced to take less than a full title unless the bargain has been for a lesser one. McVey's failure to give the surveyor adequate time was not because of any deliberate intention of avoiding the transaction and was not significant. The obligation as to the survey lay on McVey. That obligation was more a matter of conveyancing than of title and it is clear that a vendor cannot justify a refusal to complete by relying on a matter of conveyancing that is within his power to correct. Moreover, even if a matter of title is involved, a vendor cannot use his own default to avoid a transaction but must use such reasonable efforts as are open to him to carry the transaction through to completion. There was here no true condition precedent *i.e.*, "a future uncertain event the happening of which depends entirely on the will of a third party." The principle expressed in *Danforth Heights Ltd. v. McDermid Bros.* (1922), 52 O.L.R. 412, can be applied *i.e.* that the stipulation that time shall be of the essence does not mean that, if either party fails to complete within the time specified, the agreement shall be at an end, but rather that if either party fails to do his part within the time specified the other party may, if he so desires, keep the contract in force rather than elect to terminate it. That is what happened here.

On agreeing to act for both parties to a transaction which might possibly raise difficulties, MacFarlane put himself in a position from which he necessarily had to withdraw when an issue arose between his clients. It is the prudent course, if other solicitors are available in the area, to act in one interest only.

Per McIntyre J. dissenting: There were here two contracts, the one between Hawkins and McVey and the other between McVey and McCauley, related only in the sense that they dealt in part with the same land. The appellant McCauley to succeed had to find his cause of action in his own contract. McVey's covenant was to sell the land in question *subject to his having title by March 30, 1973*. No obligation to acquire title was expressed or implied. The covenant regarding the survey was in the first agreement to which McCauley was a stranger. The Court of Appeal correctly concluded that title in McVey by the specified date was a condition precedent and because it was not complied with the transaction came to an end.

Le juge en chef Laskin et les juges Pigeon, Dickson et Estey: Il est bien établi en droit que le vendeur est tenu de fournir un titre, même si le contrat ne dit mot sur ce point, et que l'acheteur ne peut être forcé d'accepter moins qu'un titre parfait, sauf si les négociations l'ont prévu. Il importe peu que le défaut de McVey de donner à l'arpenteur suffisamment de temps n'ait pas été le fruit d'une intention délibérée de faire avorter la transaction. L'obligation de procéder à l'arpentage incombait à McVey. Cette obligation tenait davantage à la translation de propriété qu'au titre, et il est clair que le vendeur ne peut justifier un refus de parfaire la transaction en invoquant une question de translation de propriété qui est de son ressort. De plus, même si une question de titre est en cause, le vendeur ne peut invoquer son propre défaut pour éviter l'exécution d'une promesse; il doit au contraire déployer tous les efforts raisonnables possibles pour mener à bien la transaction. Il n'y avait en l'espèce aucune véritable condition suspensive, c.-à-d. «un événement futur incertain dont l'arrivée était entièrement subordonnée à la volonté d'un tiers». Le principe à appliquer a été formulé dans *Danforth Heights Ltd. c. McDermid Bros.* (1922), 52 O.L.R. 412, savoir que la stipulation que la date est de l'essence même du contrat ne signifie pas que l'entente prend fin si l'une des parties ne respecte pas le délai prévu, mais plutôt que si une partie ne respecte pas ses obligations dans le délai prévu, l'autre partie peut maintenir que l'entente en vigueur plutôt que d'y mettre fin si tel est son désir. C'est ce qui s'est produit en l'espèce.

En acceptant d'agir pour les deux parties à une transaction qui pouvait peut-être soulever des difficultés, MacFarlane s'est lui-même mis dans une situation dont il devait nécessairement se retirer lorsqu'un litige est survenu entre ses clients. Il est prudent, lorsque d'autres procureurs exercent dans la région, qu'un procureur ne défende les intérêts que d'une seule partie.

Le juge McIntyre, dissident: Deux contrats sont en cause en l'espèce, l'un conclu entre Hawkins et McVey et l'autre, entre McVey et McCauley. Ils sont uniquement reliés dans le sens qu'ils visent en partie le même terrain. L'appelant McCauley, pour avoir gain de cause, doit trouver dans son propre contrat sa cause d'action. McVey s'est engagé par contrat à vendre le terrain en cause, *sous réserve d'avoir le titre le 30 mars 1973*. Aucune obligation d'obtenir un titre n'est expressément ou implicitement prévue. La disposition concernant l'arpentage est contenue dans le premier contrat auquel McCauley n'est pas partie. La Cour a conclu, à bon droit, que la possession du titre par McVey à la date prévue était une condition suspensive dont l'inexécution mettait fin à la transaction.

[*Danforth Heights Ltd. v. McDermid Bros.* (1922), 52 O.L.R. 412, applied; *Turney v. Zhilka*, [1959] S.C.R. 578; *George Wimpey Canada Ltd. v. Focal Properties Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 2, distinguished; *Mason v. Freedman*, [1958] S.C.R. 483 referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario affirming a judgment of Osler J. who dismissed an action by the appellant McCauley against the respondent McVey for specific performance of a contract of sale of land; a claim for damages against the respondent MacFarlane, a solicitor acting for both parties was also dismissed. Appeal as against McVey allowed and specific performance ordered; appeal as against MacFarlane dismissed; McIntyre J. dissenting.

Peter C. P. Thompson, for the appellant.

G. J. Smith, Q.C., for the respondent McVey.

S. G. Fisher, Q.C., for the respondent MacFarlane.

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

THE CHIEF JUSTICE—This is an appeal, by leave of this Court, from a judgment of the Ontario Court of Appeal, affirming a judgment of Osler J. who dismissed an action brought by the appellant McCauley against the respondent McVey for specific performance of a contract of sale of land. A claim for damages against the respondent MacFarlane, a solicitor who had acted for both parties to the transaction, was also dismissed.

In the view that I take of this case, namely, that the claim for specific performance should succeed, I need not be concerned with the alternative claim against MacFarlane. I say only this. In agreeing to act for both parties to a transaction which might possibly raise difficulties, and which in fact did, MacFarlane put himself in a position from which he necessarily had to withdraw when an issue arose between his clients. Each was then left to consult other solicitors, with consequential delays in dealing with an urgent situation and added

[*Jurisprudence: Danforth Heights Ltd. c. McDermid Bros.* (1922), 52 O.L.R. 412 (arrêt appliqué); distinction faite avec les arrêts *Turney c. Zhilka*, [1959] R.C.S. 578 et *George Wimpey Canada Ltd. c. Focal Properties Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 2; *Mason c. Freedman*, [1958] R.C.S. 483.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario confirmant un jugement du juge Osler qui a rejeté une action introduite par l'appelant McCauley contre l'intimé McVey en vue d'obtenir l'exécution intégrale d'un contrat de vente d'un terrain; une demande de dommages-intérêts présentée contre l'intimé MacFarlane, un procureur qui a agi pour les deux parties, a également été rejetée. Pourvoi à l'encontre de McVey accueilli et ordre d'exécution intégrale accordé; pourvoi à l'encontre de MacFarlane rejeté; le juge McIntyre étant dissident.

Peter C. P. Thompson, pour l'appelant.

G. J. Smith, c.r., pour l'intimé McVey.

S. G. Fisher, c.r., pour l'intimé MacFarlane.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Pigeon, Dickson et Estey a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—Pourvoi est interjeté, avec l'autorisation de cette Cour, d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario confirmant un jugement du juge Osler qui rejetait l'action intentée par l'appelant McCauley contre l'intimé McVey en vue d'obtenir l'exécution intégrale d'un contrat de vente de terrain. Une demande de dommages-intérêts présentée contre l'intimé MacFarlane, un procureur qui a agi pour les deux parties à la transaction, a également été rejetée.

Vu ma conclusion que la demande d'exécution intégrale doit être accueillie, je n'ai pas à me prononcer sur la demande subsidiaire touchant MacFarlane. Je dirai uniquement ceci. En acceptant d'agir pour les deux parties à une transaction qui pouvait peut-être soulever des difficultés, ce qui s'est effectivement produit, MacFarlane s'est lui-même mis dans une situation dont il devait nécessairement se retirer lorsqu'un litige est survenu entre ses clients. Chacun d'eux a dû alors s'adresser à d'autres procureurs, ce qui a amené

expense. However simple and uncomplicated a real estate transaction may appear, it is the prudent course, if other solicitors are available in the area, for a solicitor to act in one interest only and thus avoid the embarrassment of possible later withdrawal, to the detriment of both parties for whom he had agreed to act.

I come then to the facts of the present case. A real estate agent, one Hudson, sought to interest the appellant in purchasing two lots of land which their owner, one Hawkins, was anxious to sell. The appellant indicated interest in buying one of the lots. Hudson interested the respondent McVey in both of them and a contract of sale between Hawkins and McVey was entered into on December 28, 1972. The contract, under which time was stated to be of the essence, called for completion on or before March 30, 1973. It included the following obligation assumed by the purchaser McVey:

Purchaser to arrange for and bear cost of any necessary survey or surveys to allow transfer of title. Purchaser, and his agents, to be allowed to enter upon the herein mentioned lands at any time for purpose of surveys and measuring.

Shortly afterward, on January 3, 1973, the appellant contracted to buy one of the lots from the respondent, the transaction to close on the same day as that between Hawkins and McVey, namely, March 30, 1973. Time was also of the essence of this agreement which contained the following stipulation:

This agreement to be contingent upon the herein named vendor having title to the herein mentioned real property by date set for closing of this sale.

It is, of course, trite law that a vendor is under an implied obligation to give title even if the contract is silent, and a purchaser cannot be forced to take less than a full title unless the bargain has been for a lesser one. The importance of the provision for title above-mentioned arises simply from the interrelation of the two contracts of sale, an interrelation noted by the Ontario Court of Appeal. What happened here was a failure by the

des retards à régler une situation urgente et des dépenses supplémentaires. Si simple que puisse paraître une transaction immobilière, il est prudent, lorsque d'autres procureurs exercent dans la région, qu'un procureur ne défende les intérêts que d'une seule partie, évitant ainsi de se retirer plus tard au détriment des deux parties qu'il avait accepté de représenter.

Passons aux faits de la présente cause. Un courtier en immeubles, un nommé Hudson, cherchait à amener l'appelant à acheter deux lots que leur propriétaire, un nommé Hawkins, était très désireux de vendre. L'appelant a manifesté un intérêt pour l'un des lots. Hudson a éveillé l'intérêt de l'intimé McVey pour les deux lots et un contrat de vente a été conclu entre Hawkins et McVey le 28 décembre 1972. L'acte de vente, dont la date était une condition essentielle, devait être signé au plus tard le 30 mars 1973. L'obligation suivante incombait à l'acheteur McVey:

[TRADUCTION] L'acheteur doit se charger de tout arpentage nécessaire pour permettre la cession de titre et il doit en supporter le coût. L'acheteur, ou ses représentants, est autorisé à se rendre en tout temps sur les lieux mentionnés pour procéder à l'arpentage et prendre des mesures.

Peu après, le 3 janvier 1973, l'appelant s'est engagé à acheter un des lots à l'intimé, l'acte de vente devant être signé le même jour que celui entre Hawkins et McVey, soit le 30 mars 1973. La date était également une condition essentielle de cette promesse qui contenait les dispositions suivantes:

[TRADUCTION] La présente promesse est subordonnée à la condition que le vendeur ait le titre de l'immeuble mentionné aux présentes à la date prévue pour la signature de l'acte de vente.

Il est bien établi en droit que le vendeur est tenu de fournir un titre, même si le contrat ne dit mot sur ce point, et que l'acheteur ne peut être forcé d'accepter moins qu'un titre parfait, sauf si les négociations l'ont prévu. L'importance de la disposition précitée vient simplement de l'interrelation entre les deux contrats, interrelation qu'a soulignée la Cour d'appel de l'Ontario. Il est arrivé que, le 30 mars 1973, l'intimé n'avait pas fait compléter

respondent to have the surveys completed by March 30, 1973. Although his chosen surveyor was alerted in mid January, 1973 to the need of surveys it was not until March 26, 1973 that the surveyor became aware of the closing date of the two transactions and it was impossible for him to finish his work to meet that date.

Despite the point made of it by the Ontario Court of Appeal, I do not think that it matters in the least that McVey's failure to give the surveyor enough time to produce a survey by the closing date was not because of any deliberate intention of avoiding the transaction. The Hawkins-McVey agreement laid the obligation as to surveys on McVey, and not upon any mutually chosen third party for whose default neither vendor nor purchaser could be held responsible. It appears that only the completion of the surveys held up conclusion of the deal between the appellant and the respondent, and this was a matter in the hands of the respondent. Indeed, the survey obligation assumed by McVey was more a matter of conveyancing than of title, and it is clear that a vendor cannot justify a refusal to complete by relying on a matter of conveyancing that is within his power to correct. Moreover, even if a matter of title is involved, a vendor cannot use his own default to avoid a transaction of sale and purchase but must use such reasonable efforts as are open to him to carry the transaction through to completion: cf. *Mason v. Freedman*¹.

The principal ground upon which counsel for the respondent sought to maintain the judgments below in his favour was that the condition as to title was what he called a "true" condition precedent and hence, if there was no title to pass March 30, 1973, the contract was off by its own terms. This was the view of the Ontario Court of Appeal but, with respect, I find it untenable. There is no ground for the implication (because that is what is involved in the Court of Appeal's conclusion) that the purchaser McCauley had agreed to run the risk of completion of the surveys by March 30, 1973. The obligation as to title was upon McVey. That obligation, as matters stood at the time of the

l'arpentage. Bien que l'arpenteur choisi ait été informé à la mi-janvier 1973 de la nécessité de procéder à l'arpentage, ce n'est que le 26 mars 1973 qu'il a appris la date de la signature des deux contrats et il lui était alors impossible d'achever son travail avant cette date.

Même si la Cour d'appel de l'Ontario a retenu ce point, je ne crois pas qu'il importe que le défaut de McVey de donner à l'arpenteur suffisamment de temps pour procéder à l'arpentage avant la date fixée pour la signature de l'acte n'ait pas été le fruit d'une intention délibérée de faire avorter la transaction. Aux termes de l'entente conclue entre Hawkins et McVey, l'obligation de procéder à l'arpentage incombait à McVey et non à un tiers choisi de concert, dont ni le vendeur ni l'acheteur ne seraient responsables. Il appert que seul l'achèvement de l'arpentage a retardé la signature du contrat entre l'appellant et l'intimé, et il incombait à l'intimé d'y voir. L'obligation de procéder à l'arpentage souscrite par McVey tenait davantage à la translation de propriété qu'au titre, et il est clair qu'un vendeur ne peut justifier un refus de parfaire la transaction en invoquant une question de translation de propriété qui est de son ressort. De plus, même si une question de titre est en cause, un vendeur ne peut invoquer son propre défaut pour éviter l'exécution d'une promesse de vente et d'achat; il doit au contraire déployer tous les efforts raisonnables possibles pour mener à bien la transaction: voir l'arrêt *Mason c. Freedman*¹.

Le moyen principal invoqué par l'avocat de l'intimé pour faire confirmer les jugements d'instance inférieure qui lui ont donné gain de cause c'est que la condition relative au titre était ce qu'il a appelé une «véritable» condition suspensive et qu'en conséquence, s'il n'y avait aucun titre qui pouvait être transmis le 30 mars 1973, le contrat avait pris fin suivant ses propres termes. La Cour d'appel de l'Ontario a adopté cette opinion mais, avec égards, j'estime qu'elle est insoutenable. Il n'y a aucune raison de sous-entendre (comme l'implique la décision de la Cour d'appel) que l'acheteur McCauley avait accepté de courir le risque que les travaux d'arpentage ne soient pas terminés le 30 mars

¹ [1958] S.C.R. 483.

¹ [1958] R.C.S. 483.

contract between McVey and McCauley, depended for its fulfilment only on the completion of the surveys, as undertaken by McVey in his contract with Hawkins. This is emphasized by the fixing of the same date for the performance of both contracts. There was here no true condition precedent in the sense expressed by Judson J. speaking for the Court in *Turney v. Zhilka*², at pp. 583-4, where he said this:

... The obligations under the contract, on both sides, depend upon a future uncertain event, the happening of which depends entirely on the will of a third party ... This is a true condition precedent—an external condition upon which the existence of the obligation depends. ...

There is in the present case no future uncertain event the happening of which depends on the will of a third party under the contract.

I am also of the opinion that the Court of Appeal's reliance on this Court's judgment in *George Wimpey Canada Ltd. v. Focal Properties Ltd.*³ is misplaced. Although there was an obligation laid upon the vendor in that case to obtain registration of certain plans of subdivision within a five year period, approval of the plans involved action by third persons, municipal authorities, and there was a finding that despite continued and earnest efforts the vendor was unable to obtain registration. The present case is clearly of a different order since it does not involve action by third persons beyond the vendor's control.

March 30, 1973 came and went without either party then doing anything. The evidence shows that McCauley was anxious to close and he spoke to MacFarlane, the common solicitor for the parties, on April 2 or 3, 1973, who told him that he was still waiting for a survey. About a week later, McVey decided to take advantage of the clause as to title to free himself of the contract with McCauley although up to that time, according to the evidence, he appeared prepared to carry it

1973. L'obligation relative au titre incombait à McVey. L'exécution de cette obligation, compte tenu de la situation au moment où est intervenu le contrat entre McVey et McCauley, dépendait uniquement de l'achèvement des travaux d'arpentage, comme McVey s'y était engagé dans son contrat avec Hawkins. Ceci est mis en relief par la fixation de la même date pour l'exécution des deux contrats. Il n'y avait en l'espèce aucune véritable condition suspensive au sens où l'entendait le juge Judson qui, parlant au nom de la Cour dans l'arrêt *Turney c. Zhilka*² a dit (aux pp. 583 et 584):

[TRANSDUCTION] ... Aux termes du contrat, l'obligation imposée aux deux parties dépendait d'un événement futur incertain dont l'arrivée était entièrement subordonnée à la volonté d'un tiers ... C'est une véritable condition suspensive—une condition externe dont dépend l'existence de l'obligation.

Il n'y a en l'espèce aucun événement futur incertain dont l'arrivée dépend de la volonté d'un tiers selon le contrat.

Je suis également d'avis que la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur en se fondant sur l'arrêt de cette Cour *George Wimpey Canada Ltd. c. Focal Properties Ltd.*³ Même si dans ce cas le vendeur avait l'obligation d'obtenir l'enregistrement de certains plans de lotissement dans un délai de cinq ans, l'approbation des plans était du ressort d'un tiers, les autorités municipales, et la Cour a conclu que malgré des efforts sincères et soutenus, le vendeur n'avait pu les faire enregistrer. La présente affaire est nettement d'une nature différente car il n'est aucunement question de l'intervention d'un tiers sur lequel le vendeur n'aurait aucun contrôle.

Le 30 mars 1973, aucune partie ne fit quoi que ce soit. La preuve montre que McCauley était impatient de signer l'acte et que le 2 ou le 3 avril 1973, il a parlé à MacFarlane, le procureur des deux parties, qui lui a dit qu'il attendait toujours l'achèvement de l'arpentage. Environ une semaine plus tard, McVey a décidé de se prévaloir de la clause relative au titre pour se libérer du marché conclu avec McCauley même si jusqu'à ce moment-là, selon la preuve, il était prêt à l'exécu-

² [1959] S.C.R. 578.

³ [1978] 1 S.C.R. 2.

² [1959] R.C.S. 578.

³ [1978] 1 R.C.S. 2.

through. By letter dated and delivered April 17, 1973, McCauley's new solicitor indicated that he took the vendor's conduct up to April 10, 1973, as involving an implied extension of time to the closing of his transaction with Hawkins. At the same time McCauley delivered a certified cheque for \$500 to McVey in fulfilment of the terms of their contract. The cheque was returned by the new solicitors for McVey who rejected the assertion of an extension of time. McCauley was clearly prepared to wait for the survey and, treating the letter of April 17, 1973 as having this effect, the trial judge concluded that this was a fixing of a new date for completion, but that in the circumstances it was unreasonable. He did not say why.

Of course, if there was a true condition precedent that was not met, there was no need to consider the reasonableness of an extension of time if the other party took the position that the deal was off when the date for completion, time being of the essence, passed. That, however, is, as I have already said, not this case. I think the proper principle to be applied here is that expressed by Rose J. in *Danforth Heights Ltd. v. McDermid Bros.*⁴ at p. 426, as follows:

... The stipulation that time shall be of the essence of the agreement does not mean that, if either party fails to complete within the time specified, the agreement shall be at an end; if it had that meaning, either party could escape his obligations by making default. What it does mean is that, if either party fails to do his part within the time specified, the other party may declare the agreement to be at an end, if he so desires. The party not in default has an option: he may elect to keep the agreement in force or he may elect to terminate it. If he elects to keep it in force he cannot afterwards say that it terminated on the expiration of the specified time; but that is not because he has effected any variation of it, or because he has "waived" any right to terminate it; it is because he has exercised the right which he had under it. If this is so, the Statute of Frauds has no possible application; the question is not a question of enforcing a written contract with a variation; it is merely a question of finding upon the evidence whether there has or has not been an election. ...

⁴ (1922), 52 O.L.R. 412.

ter. Par lettre datée et remise le 17 avril 1973, le nouveau procureur de McCauley indiquait que la conduite du vendeur jusqu'au 10 avril 1973 laissait croire à une prorogation implicite de la date limite pour signer l'acte avec Hawkins. Au même moment, McCauley remettait à McVey un chèque visé de \$500 conformément aux termes de leur contrat. Le chèque a été restitué par les nouveaux procureurs de McVey qui niaient la prorogation de délai. McCauley était manifestement prêt à attendre l'achèvement de l'arpentage et, interprétant en ce sens la lettre du 17 avril 1973, le juge du procès a conclu que cela était fixer une nouvelle date mais que, dans les circonstances, ce n'était pas raisonnable. Il n'a pas expliqué pourquoi.

Bien sûr, s'il y avait une véritable condition suspensive qui n'était pas accomplie, il n'était pas nécessaire d'examiner le caractère raisonnable d'une prorogation de délai si l'autre partie était d'avis que le marché avait pris fin le jour de la date limite, la date étant une condition essentielle du contrat. Comme je l'ai dit, ce n'est cependant pas le cas en l'espèce. Je suis d'avis que le principe à appliquer dans ce cas-ci est celui formulé par le juge Rose dans *Danforth Heights Ltd. c. McDermid Bros.*⁴, à la p. 426:

[TRADUCTION] ... Stipuler que la date est de l'essence même du contrat ne signifie pas que l'entente prend fin si l'une des parties ne respecte pas le délai prévu; si c'était le cas, chaque partie pourrait échapper à ses obligations en ne les respectant pas. Cette disposition signifie que si une partie ne respecte pas ses obligations dans le délai prévu, l'autre partie peut déclarer que l'entente prend fin, si tel est son désir. La partie qui n'est pas en défaut a un choix: elle peut décider de maintenir l'entente en vigueur ou d'y mettre fin. Si elle choisit de la maintenir en vigueur, elle ne peut dire par la suite que l'entente a pris fin à l'expiration du délai prévu; mais ce n'est pas parce qu'elle a fait un changement ou renoncé au droit d'y mettre fin; c'est parce qu'elle a exercé le droit qui lui était accordé. Dans ce cas, le Statute of Frauds ne s'applique pas; il ne s'agit pas de faire observer un contrat écrit auquel un changement a été apporté; il s'agit simplement de décider, en se fondant sur la preuve, si un choix a été exercé. ...

⁴ (1922), 52 O.L.R. 412.

There is no doubt that the appellant, as the innocent party, elected to keep the contract in force, and it was not unreasonable for him to require performance when the surveys were completed and McVey was in a position to obtain title from Hawkins. The surveys were completed on April 20, 1973 but the plan was not registered until May 22, 1973. McCauley issued a writ for specific performance on May 29, 1973. McVey, after paying an additional deposit to Hawkins, completed his purchase of the two lots on July 6, 1973 and was then in a position to give title to the one lot he contracted to sell to McCauley. I am of the opinion that the latter was entitled to enforce his contract against McVey. The question of continued readiness and willingness on McCauley's part is not in issue and, certainly, McVey's attempted cancellation of the contract on or about April 11, 1973 on another unrelated ground disentitles him from any reliance on that matter.

I would, accordingly, allow the appeal as against the respondent McVey, set aside the judgments below and order specific performance in favour of the appellant, with costs against the respondent McVey throughout. I would dismiss the appeal as against MacFarlane but without costs in this Court.

The following are the reasons delivered by

MCINTYRE J. (*dissenting*)—I have read the reasons for judgment of the Chief Justice in which he has set out the relevant facts. I regret that I am unable to reach the same conclusion. In my opinion, it is necessary to keep in mind that there are two separate contracts involved in this case, the first between Hawkins and McVey and the second between McVey and McCauley. They were related in the sense that they dealt in part with the same land but McCauley, to succeed in an action for a decree of specific performance, must find his cause of action, that is, his right to compel performance by McVey, in his own contract. There was no other relationship between them which could confer such a right. McVey's covenant to McCauley was to sell the land in question. It was, however, subject to his having title by March 30th, 1973. He did not promise title. No obligation to acquire title was expressed in the agreement and,

Il ne fait aucun doute que l'appelant, la partie innocente, a choisi de garder le contrat en vigueur et il n'était pas déraisonnable de sa part d'exiger l'exécution du contrat une fois les travaux d'arpentage terminés et McVey en mesure d'obtenir un titre de Hawkins. L'arpentage a été achevé le 20 avril 1973 mais le plan n'a été enregistré que le 22 mai 1973. McCauley a institué sa poursuite en exécution intégrale le 29 mai 1973. Après avoir versé à Hawkins un dépôt additionnel, McVey a signé l'acte d'achat des deux lots le 6 juillet 1973; il était alors en mesure de donner un titre à celui des lots qu'il s'était engagé à vendre à McCauley. Je suis d'avis que ce dernier avait le droit d'exiger de McVey l'exécution du contrat. L'empressement et la volonté constante de McCauley ne sont pas contestés et la tentative de McVey d'annuler le contrat le 11 avril 1973, ou vers cette date, pour un autre motif indépendant, le prive du droit de soulever ce point.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi à l'encontre de l'intimé McVey, d'infirmier les décisions d'instance inférieure et d'accorder à l'appelant un ordre d'exécution intégrale avec dépens contre l'intimé McVey dans toutes les cours. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi contre MacFarlane mais sans dépens en cette Cour.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCINTYRE (*dissident*)—J'ai lu les motifs de jugement du Juge en chef qui a exposé les faits pertinents. Je regrette de ne pouvoir m'y rallier. A mon avis, il est nécessaire de garder à l'esprit que deux contrats distincts sont en cause en l'espèce, le premier conclu entre Hawkins et McVey et le second entre McVey et McCauley. Ils sont reliés dans le sens qu'ils visent en partie le même terrain, mais pour obtenir un ordre d'exécution intégrale, McCauley doit trouver dans son propre contrat sa cause d'action, c'est-à-dire son droit d'exiger de McVey l'exécution. Il n'y a entre eux aucun autre lien qui pourrait fonder ce droit. McVey s'est engagé par contrat à vendre à McCauley le terrain en cause, sous réserve d'avoir le titre le 30 mars 1973. Il n'a pas promis de titre. Aucune obligation d'obtenir un titre n'est prévue au contrat et la preuve ne permet pas, à mon avis, d'en sous-entendre une. La disposition concernant

on my reading of the evidence, none could be implied. The covenant regarding survey was given to Hawkins in the first agreement to which McCauley was a stranger. Hawkins was the sole beneficiary of that undertaking and the sole person entitled to sue upon it.

The key words in the McVey-McCauley contract are in the proviso which said:

This agreement to be contingent upon the herein named vendor having title to the herein mentioned real property by the date set for the closing of this sale.

The date for closing was March 30th of 1973. Arnup J.A., for a unanimous Court of Appeal, was of the opinion that title in McVey by the specified date was a condition precedent the nonfulfilment of which would terminate the relationship between McVey and McCauley. He said:

We are all of the opinion that the clause in the agreement of purchase and sale was a condition precedent. It was not complied with by the closing date, and in our view, without any notice whatever, the transaction between the plaintiff and McVey came to an end, by reason of nonfulfilment of the condition precedent.

I am of the opinion that he reached the right conclusion.

It is clear to me that the Ontario Court of Appeal was, in reaching its conclusion, following and applying the principles enunciated in the case of *Turney v. Zhilka*⁵. In that case, Judson J. for this Court construed a provision in a contract for the sale of land which was in these terms:

provided the property can be annexed to the Village of Streetsville and a plan is approved by the Village Council for subdivision.

He pointed out that neither party to the contract undertook to fulfil the condition. The purchaser, upon the nonfulfilment of the condition, purported to waive its performance upon the ground that it was solely for his benefit and severable. He sued for specific performance and succeeded at trial. An appeal to the Court of Appeal was dismissed. In allowing the appeal in this Court, Judson J. said:

l'arpentage est contenue dans le premier contrat conclu avec Hawkins auquel McCauley n'est pas partie. Hawkins est le seul bénéficiaire de cet engagement et la seule personne en mesure de s'en prévaloir.

Les mots clés du contrat McVey-McCauley sont contenus dans la clause suivante:

[TRADUCTION] La présente promesse est subordonnée à la condition que le vendeur ait le titre de l'immeuble mentionné aux présentes à la date prévue pour la signature de l'acte de vente.

L'acte devait être signé le 30 mars 1973. Le juge Arnup, au nom de la Cour d'appel unanime, était d'avis que la possession du titre par McVey à la date prévue était une condition suspensive dont l'inexécution mettait fin aux rapports entre McVey et McCauley. Il a dit:

[TRADUCTION] Nous sommes tous d'avis que la clause dans la promesse d'achat et de vente constituait une condition suspensive. Elle n'a pas été accomplie à la date de signature et, selon notre opinion, la transaction entre le demandeur et McVey a pris fin, sans aucun avis, en raison de l'inaccomplissement de la condition suspensive.

J'estime que sa conclusion est juste.

Il est clair que pour y parvenir, la Cour d'appel de l'Ontario a suivi et appliqué les principes énoncés dans l'arrêt *Turney c. Zhilka*⁵. Dans cet arrêt, le juge Judson a interprété, au nom de cette Cour, une disposition d'un contrat de vente de terrain qui se lisait ainsi:

[TRADUCTION] sous réserve que l'immeuble puisse être annexé au village de Streetsville et que le conseil du village approuve un plan de lotissement.

Il a fait remarquer qu'aucune partie ne s'était engagée à satisfaire à la condition. L'acheteur, face à l'inaccomplissement de la condition, a donné à entendre qu'il y renonçait au motif qu'elle était uniquement à son avantage et pouvait être scindée du reste. Il a demandé une ordonnance d'exécution intégrale et obtenu gain de cause en première instance. L'appel à la Cour d'appel a été rejeté. Accueillant le pourvoi, le juge Judson a dit:

⁵ [1959] S.C.R. 578.

⁵ [1959] R.C.S. 578.

This is a true condition precedent—an external condition upon which the obligation depends. Until the event occurs, there is no right to performance on either side. The parties have not promised that it will occur. In the absence of such promise, there can be no breach of contract until the event does occur.

In other cases such as *F.T. Developments Ltd. v. Sherman*⁶, and *O'Reilly v. Marketers Diversified Ltd.*⁷, the same principles were approved and applied. In my opinion, this is such a case. It will be observed that the condition upon which this agreement was expressed did not provide that the vendor was to acquire title. It referred merely to the vendor *having* title and there was no promise to acquire it.

It was argued that the fulfilment of the condition as to title was not an external circumstance beyond the power of McVey to fulfil. In my view, this argument cannot assist the appellant. The ability of McVey to acquire title by the 30th day of March 1973 depended upon the performance by Hawkins of his covenant to convey and the completion and registration if required of the survey plan. The trial judge found that in connection with the survey plan McVey was guilty of no wilful or intentional default, a finding which I do not think this Court should disturb, and it therefore appears to me that the transfer of title to McVey by the 30th of March 1973 depending as it did upon these circumstances was not entirely within the control of McVey himself.

There are other cases where actions for specific performance have succeeded under contracts involving the fulfilment of a condition precedent where the defendant was held to have expressly or impliedly promised to take steps to fulfil a condition. *Dynamic Transport Limited v. O.K. Detailing Limited*⁸, affords an example. Such cases are distinguishable from this and the *Turney v. Zhilka, supra*, line of cases in that no such promise exists in the case at bar nor, as I have said,

[TRADUCTION] C'est une véritable condition suspensive—une condition externe dont dépend l'existence de l'obligation. Jusqu'à l'arrivée de l'événement, aucune partie n'a le droit d'exiger l'exécution. Les parties n'ont pas promis qu'il surviendrait. En l'absence d'une telle promesse, il ne saurait y avoir violation de contrat tant que l'événement ne se produit pas.

D'autres arrêts, comme *F.T. Developments Ltd. c. Sherman*⁶, et *O'Reilly c. Marketers Diversified Ltd.*⁷, ont approuvé et suivi les mêmes principes. A mon avis, c'est le cas en l'espèce. On notera que la condition sur laquelle reposait cette promesse ne prévoyait pas que le vendeur devait obtenir un titre. On disait simplement que le vendeur devait *avoir* un titre et il n'y avait aucune promesse de l'obtenir.

On prétend que l'accomplissement de la condition relative au titre n'était pas une circonstance externe échappant au pouvoir de McVey. A mon avis, cet argument ne peut être utile à l'appelant. La possibilité pour McVey d'obtenir un titre le 30 mars 1973 était subordonnée à l'exécution par Hawkins de son obligation de le céder, à l'achèvement et à l'enregistrement, le cas échéant, du plan d'arpentage. Le juge de première instance a jugé, en ce qui concerne le plan d'arpentage, que McVey n'était responsable d'aucun manquement délibéré ou intentionnel, une conclusion qu'à mon avis cette Cour ne doit pas modifier, et il me paraît donc que la cession de titre à McVey le 30 mars 1973, tributaire comme elle l'était de ces circonstances, ne dépendait pas entièrement de la volonté de McVey.

On compte d'autres arrêts où des ordres d'exécution intégrale ont été accordés en vertu de contrats prévoyant l'accomplissement d'une condition suspensive parce qu'on a conclu que le défendeur avait promis, expressément ou tacitement, de prendre des mesures pour l'accomplissement d'une condition. L'arrêt *Dynamic Transport Limited c. O.K. Detailing Limited*⁸ en est un exemple. Ces arrêts se distinguent de la présente affaire et de la série d'arrêts allant dans le même sens que l'arrêt

⁶ [1969] S.C.R. 203.

⁷ [1969] S.C.R. 741.

⁸ [1978] 2 S.C.R. 1072.

⁶ [1969] R.C.S. 203.

⁷ [1969] R.C.S. 741.

⁸ [1978] 2 R.C.S. 1072.

should one be implied. McVey promised no performance to McCauley unless he had title to the land by March 30th of 1973. He did not have it and, in my opinion, no action for specific performance can succeed. I would dismiss the appeal.

Appeal allowed as against the respondent McVey, with costs, MCINTYRE J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Scott & Ayles, Ottawa.

Solicitors for the respondent McVey: Weir & Foulds, Toronto.

Solicitors for the respondent MacFarlane: McMillan, Binch, Toronto.

Turney c. Zhilka, précité, parce qu'en l'espèce aucune promesse de ce genre n'a été faite et ne doit, comme je l'ai dit, être sous-entendue. McVey n'a promis aucune exécution à McCauley à moins d'avoir le titre du terrain le 30 mars 1973. Il ne l'avait pas et, à mon avis, aucune action en exécution intégrale ne peut réussir. Je rejetterais le pourvoi.

Pourvoi accueilli à l'encontre de l'intimé McVey, avec dépens, le juge MCINTYRE dissident.

Procureurs de l'appellant: Scott & Ayles, Ottawa.

Procureurs de l'intimé McVey: Weir & Foulds, Toronto.

Procureurs de l'intimé MacFarlane: McMillan, Binch, Toronto.

Green Forest Lumber Limited (*Plaintiff*)
Appellant;

and

General Security Insurance Company Limited (*Defendant*) *Respondent*.

1980: February 14.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Maritime law — Insurance — Dismissal of appellant's action seeking declaration that it was the proper owner of and beneficiary under an insurance policy respondent was obliged to issue — No error in judgment at trial or on appeal — The Marine Insurance Act, R.S.O. 1970, c. 260, s. 23.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹, dismissing an appeal from a judgment of Addy J.² at trial in the matter of a maritime insurance claim. Appeal dismissed.

Peter F. M. Jones and R. G. Keel, for the appellant.

Vincent Prager and Peter Cullen, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

RITCHIE J.—Notwithstanding the persuasive argument of counsel, we are all of opinion that no error has been shown to exist in the judgments rendered at trial and on appeal. This makes it unnecessary to consider the question of damages. The appeal is accordingly dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: McMillan, Binch, Toronto.

Solicitors for the respondent: Stikeman, Elliott, Robarts & Bowman, Toronto.

¹ [1978] 2 F.C. 773.

² [1977] 2 F.C. 351.

Green Forest Lumber Limited
(Demanderesse) *Appelante*;

et

General Security Insurance Company Limited (*Défenderesse*) *Intimée*.

1980: 14 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit maritime — Assurance — Rejet de l'action de l'appelante qui voulait faire déclarer qu'elle était le véritable propriétaire en vertu d'une police d'assurance que l'intimée était tenue de délivrer — Les jugements en première instance et en appel ne renferment aucune erreur — The Marine Insurance Act, R.S.O. 1970, chap. 260, art. 23.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Addy² dans une affaire concernant une réclamation relative à une assurance maritime. Pourvoi rejeté.

Peter F. M. Jones et R. G. Keel, pour l'appelante.

Vincent Prager et Peter Cullen, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE RITCHIE—Malgré la plaidoirie habile de l'avocat, nous sommes tous d'avis que les jugements en première instance et en appel ne renferment aucune erreur. Il n'y a donc pas lieu d'examiner la question des dommages-intérêts. Le pourvoi est rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: McMillan, Binch, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Stikeman, Elliott, Robarts & Bowman, Toronto.

¹ [1978] 2 C.F. 773.

² [1977] 2 C.F. 351.

David R. Clark and Daniel C. Watters
Appellants;

and

The Royal Bank of Canada *Respondent.*

1979: November 28.

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

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NEW
BRUNSWICK, APPEAL DIVISION

*Barristers and solicitors — Negligence — Breach of
contract — Assessment of damages.*

APPEAL from a judgment of the Supreme
Court of New Brunswick, Appeal Division, dismissing an appeal from a judgment at trial of Cormier
C.J.Q.B.D. Appeal dismissed.

J. Turney Jones, Q.C., for the appellants.

J. M. Hanson, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally
by

RITCHIE J.—We do not need to hear you Mr.
Hanson. We are all of the opinion that the Appeal
Division of the Supreme Court of New Brunswick
reached the correct conclusion in dismissing the
appeal from the judgment rendered by Mr. Justice
Cormier at trial.

The appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

*Solicitors for the appellants: Gilbert, McGloan,
Gillis & Jones, Saint John.*

*Solicitors for the respondent: Hanson, Hashey
& Scott, Fredericton.*

David R. Clark et Daniel C. Watters
Appellants;

et

La Banque Royale du Canada *Intimée.*

1979: 28 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DU
NOUVEAU-BRUNSWICK, DIVISION D'APPEL

*Avocats et procureurs — Responsabilité — Inexécution
de contrat — Evaluation des dommages-intérêts.*

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour
suprême du Nouveau-Brunswick, Division d'appel,
qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Cor-
mier, juge en chef de la division du Banc de la
Reine. Pourvoi rejeté.

J. Turney Jones, c.r., pour les appelants.

J. M. Hanson, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour pro-
noncé oralement par

LE JUGE RITCHIE—Il n'est pas nécessaire de
vous entendre M^e Hanson. Nous sommes tous
d'avis que la Division d'appel de la Cour suprême
du Nouveau-Brunswick a rejeté à bon droit l'appel
interjeté à l'encontre du jugement du juge
Cormier.

Le pourvoi est rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

*Procureurs des appelants: Gilbert, McGloan,
Gillis & Jones, St-Jean, N.B.*

*Procureurs de l'intimée: Hanson, Hashey &
Scott, Fredericton.*

Volvo Canada Limited *Appellant*;

and

International Union, United Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers of America (UAW), Local 720 *Respondent*.

1978: October 18; 1979: June 28.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey and Pratte JJ.

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

Labour relations — Arbitration — Judicial review — Standard for judicial review — Grievance — Ambiguity — Extrinsic evidence — Nature of arbitration — Consensual or otherwise — Collective agreement — Justifiable reason for absence from work — Whether correct question addressed by arbitrator.

Following expiry of a Collective Agreement between the parties the employees were on a lawful strike between June 21 and September 16, 1974. The strike ended when a new collective agreement was made retroactive to March 31, 1974. In this agreement there were provisions for paid holidays which referred to accumulated seniority. The Company took the position that seniority did not accumulate during the strike with regard to holiday pay. The matter was submitted in accordance with the Collective Agreement to a Sole Arbitrator who found that under the agreement employees did not accumulate seniority during the period of the strike. The Union's motion to have the award set aside was dismissed in the Trial Division. The Appeal Division however held that, because the arbitrator failed to consider whether the employees were absent for a "justifiable reason" as provided for in the agreement, there was reviewable error and the arbitration award was invalid.

Held: The appeal should be allowed.

Per Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz and Pratte JJ.: The trial judge was correct in holding that there was enough ambiguity to justify the reception of extrinsic evidence. This left only two questions on the appeal, the proper construction of the agreement (or the "correct question") and whether interference with the award is precluded because "the parties have referred a specific question of law to the arbitrator".

Volvo Canada Limited *Appelante*;

et

Syndicat international des travailleurs unis de l'automobile, de l'aéronautique et des instruments aratoires d'Amérique, local 720 *Intimé*.

1978: 18 octobre; 1979: 28 juin.

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

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

Relations de travail — Arbitrage — Contrôle judiciaire — Critère de révision judiciaire — Grief — Ambiguïté — Preuve extrinsèque — Nature de l'arbitrage — A-t-il été choisi par les parties ou autrement imposé? — Convention collective — Raison valable de s'absenter du travail — L'arbitre a-t-il répondu à la bonne question?

Suite à l'expiration de la convention collective intervenue entre les parties, les employés ont été en grève légale du 21 juin au 16 septembre 1974. La grève s'est terminée lorsqu'une nouvelle convention collective a été signée avec effet rétroactif le 31 mars 1974. Dans cette convention se trouvaient des dispositions concernant les jours fériés payés qui se référaient à l'ancienneté. La compagnie était d'avis qu'en ce qui a trait aux jours fériés payés, on ne pouvait pendant la grève accumuler de l'ancienneté. L'affaire a été soumise, conformément aux dispositions de la convention collective, à un arbitre unique qui a décidé que, selon la convention, les employés n'avaient pas accumulé d'ancienneté pendant la grève. La Division de première instance a rejeté la requête du syndicat qui visait à annuler la sentence. La Division d'appel a conclu l'existence d'une erreur susceptible de révision et à l'invalidité de la sentence arbitrale, vu que l'arbitre n'avait pas examiné si les employés étaient absents pour une «raison valable» au sens de la convention.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz et Pratte: Le premier juge a eu raison de conclure qu'il y avait suffisamment d'ambiguïté pour justifier l'admissibilité d'une preuve extrinsèque. Cette conclusion ne laissait que deux questions en appel, soit l'interprétation exacte de la convention (ou la «bonne question») et si la sentence est inattaquable parce que [TRADUCTION] «les parties ont présenté à l'arbitre une question de droit précise».

As to the second question the *Bell Canada* case, [1974] S.C.R. 335, applies. The question came up in the ordinary course of a grievance against the decision of the Company and it turned out that the disagreement depended entirely on the proper construction of the agreement. This was not, any more than in the *Bell Canada* case, an agreement to refer a specific question of law to the arbitrator and did not become so just because both parties agreed what the issue raised was.

In a collective agreement grievance the grievor does not choose arbitration, neither party has a choice, but such commitment to arbitration is not meant to be an additional step before the matter goes to court. It is meant to be final and it is therefore imperative that decisions on such matters be approached by a court asking the question whether the arbitrator's conclusion is a "patently unreasonable" interpretation of the agreement.

Judged by the standard "that respecting the validity of the construction of a collective agreement by an arbitrator the question is whether it is one which the agreement would reasonably bear", the construction here adopted cannot be rejected. The arbitrator did not put the wrong question but properly stated it as "Did the employees accumulate seniority during the strike?" The matter of a "justifiable reason" was just something to be considered in answering that question, the arbitrator did consider it and clearly did not find that the strike came within what he called "the situations in the Agreement which extend seniority."

Per Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ. (concurring in the result): While the arbitrator failed to determine explicitly whether the legal strike provided "other justifiable grounds" he did consider the no-strike clause and in referring to the article dealing with "justifiable reason" obviously ruled out its application. He did not answer the wrong question. It was in the Appeal Division that another question, a question within the main question, was raised and the majority there purported to make it the issue for determination. The term "wrong question" first arose in the Court in the *Metropolitan Life* case, [1970] S.C.R. 425, which took the term and concept from the *Anisminic* case, [1969] 2 A.C. 147, however talk about the right or wrong question is merely a euphemism for addressing the issue before the arbitrator. The arbitrator here met and determined the main and only issue before him. It is not for a Court to go behind such an issue before, as here, a consensual arbitrator to whom a specific question of law has been referred. The suggestion that such an award may be

Quant à la seconde question, il y a lieu d'appliquer l'arrêt *Bell Canada*, [1974] R.C.S. 335. La question s'est posée dans le cours ordinaire d'un grief contre la décision de la compagnie et, finalement, le désaccord portait entièrement sur l'interprétation exacte de la convention. Pas plus que dans l'arrêt *Bell Canada*, il ne s'agit ici d'une entente pour présenter une question de droit précise à un arbitre et elle n'en est pas devenue une seulement parce que les parties se sont entendues sur la question à poser.

Dans un grief présenté en vertu d'une convention collective, le réclamant ne choisit pas l'arbitrage, aucune partie n'a de choix, mais l'arbitrage n'est pas prescrit comme une étape préalable à la présentation de la question aux tribunaux. On veut que la décision soit finale et il est donc impératif qu'une cour aborde ces décisions en se demandant si la conclusion de l'arbitre est une interprétation «manifestement déraisonnable» de la convention.

Si l'on juge d'après la norme «que, concernant la validité de l'interprétation d'une convention collective par un arbitre, la question est de savoir si c'est une interprétation que peut raisonnablement recevoir la convention», l'interprétation de la convention faite par l'arbitre ne peut être rejetée. L'arbitre a posé la bonne question, savoir: «Les employés ont-ils acquis de l'ancienneté pendant la grève?» La question d'une «raison valable» n'était qu'un point à examiner pour répondre à la question, l'arbitre l'a effectivement examiné et il ressort clairement qu'il ne croyait pas que la grève faisait partie de ce qu'il a appelé «des situations dans la convention qui prolongent l'ancienneté».

Le juge en chef Laskin et les juges Spence et Dickson (motifs au même effet): Quoique l'arbitre n'ait pas décidé expressément que la grève légale constituait «une autre raison valable», il a examiné la clause d'interdiction de grève et, en se référant à l'article concernant une «raison valable», il en a manifestement écarté l'application. Il n'a pas répondu à la mauvaise question. C'est en Division d'appel que la majorité a soulevé une autre question, incidente à la question principale, et a voulu en faire le point à trancher dans le litige. C'est dans l'arrêt *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers*, [1970] R.C.S. 425, que l'expression «mauvaise question» a été utilisée pour la première fois par cette Cour qui a emprunté l'expression et son concept à l'arrêt *Anisminic*, [1969] 2 A.C. 147; cependant, parler de la bonne ou de la mauvaise question est simplement un euphémisme pour décrire la question dont l'arbitre est régulièrement saisi. L'arbitre a examiné et tranché la question principale, et la seule, qui lui était soumise. Une cour ne peut aller au-delà de

impeached if the arbitrator has given clauses of the collective agreement an interpretation which they will not reasonably bear is equally untenable. This has been a ground of review, open but cautiously approached, when statutory arbitration is concerned but to introduce it into consensual arbitration is to strike at the foundation of such arbitration.

The majority in the Appeal Division while agreeing that review was not open on the question of proper construction of the collective agreement were of opinion that review was open on the grounds set out by Viscount Cave in *Kelantan*, [1923] A.C. 395: "... But where a question of construction is the very thing referred for arbitration, then the decision of the arbitrator upon that point cannot be set aside by the Court only because the Court would itself have come to a different conclusion. If it appears by the award that the arbitrator has proceeded illegally—for instance, that he has decided on evidence which in law was not admissible or on principles of construction which the law does not countenance, then there is error in law which may be ground for setting aside the award; but the mere dissent of the Court from the arbitrator's conclusion on construction is not enough for that purpose."

This passage however must be considered in light of the common law development of arbitral review. In that light it would seem that Viscount Cave's grounds, which did not even at the time carry the majority of the Lords, have been laid to one side in favour of the views expressed in *Absalom*. The adoption of Viscount Cave's approach would eliminate any telling distinction between review of an award on a general question or issue and review on a specific question of law. There is here a good case for affirming the hands-off policy of the Courts on awards of consensual arbitrators, subject to bias or fraud or want of natural justice and to jurisdiction in the strict sense which makes it indistinguishable from questions of law. In any event Viscount Cave's observations should not be followed. They are much too broad in respect of an award on a reference of a specific question of law.

la question à laquelle devait répondre un arbitre choisi par les parties, alors qu'une question de droit précise lui a été soumise, comme en l'espèce. L'énoncé que pareille sentence peut être attaquée si l'arbitre a donné aux clauses de la convention collective une interprétation qui ne se dégage pas normalement du texte est également insoutenable. Cela a constitué un moyen de révision, à invoquer toutefois avec circonspection, dans des cas d'arbitrage imposé par la loi, mais l'introduire dans un arbitrage choisi par les parties c'est attaquer la base même d'un tel arbitrage.

La majorité de la Division d'appel a admis que la question de l'interprétation exacte de la convention collective qui est à la base de la question de droit soumise n'est pas susceptible de révision, mais elle était d'avis qu'elle pouvait donner lieu à révision pour les motifs énoncés par le vicomte Cave dans l'arrêt *Kelantan*, [1923] A.C. 395: «... Mais lorsqu'une question d'interprétation est la chose même qui est soumise à l'arbitrage, alors la Cour ne peut infirmer la décision de l'arbitre sur ce point pour le simple motif que la Cour aurait elle-même tiré une conclusion différente. S'il ressort de la sentence que l'arbitre a procédé illégalement—par exemple, qu'il a fondé sa décision sur une preuve qui en droit était irrecevable ou sur des principes d'interprétation que le droit n'autorise pas, il y a alors une erreur de droit qui peut être un motif d'infirmer la sentence; mais le simple fait que la Cour ne partage pas la conclusion de l'arbitre sur l'interprétation n'est pas suffisant à cette fin.»

Ce passage doit être étudié à la lumière de l'évolution de la *common law* concernant la révision des sentences arbitrales. Sous ce jour, les opinions du vicomte Cave, qui même à l'époque ne représentaient pas celles de la majorité de la Chambre des lords, paraissent avoir été mise à l'écart au profit de celles exprimées dans l'arrêt *Absalom*. Si l'on adopte les opinions du vicomte Cave, on élimine toute distinction marquée entre la révision d'une sentence rendue sur le renvoi d'une question ou d'une controverse générale et la révision d'une sentence rendue sur une question de droit précise. Le présent pourvoi offre sur une bonne tribune pour proclamer une politique de non-intervention des cours dans les sentences d'arbitres choisis par les parties, sauf dans les cas de partialité, de fraude ou de manquement à la justice naturelle et, bien sûr, d'excès de compétence au sens strict de ce mot et non dans un sens large qui le rend indiscernable des questions de droit. De toute façon, les remarques du vicomte Cave ne doivent pas s'appliquer. Elles sont trop générales en ce qui concerne une sentence rendue sur le renvoi d'une question de droit précise.

Per Martland and Ritchie JJ.: Although the case was dealt with in the Court below as a question of law submitted to the arbitrator as to construction of the collective agreement, the case is rather one in which a grievance has been referred to arbitration pursuant to the collective agreement as in *Metro Toronto Police Association v. Metro Toronto Board of Commissioners*, [1975] 1 S.C.R. 630. Even if the submission was as to a specific question of law while accepting the disposition of the appeal by the Chief Justice, his *obiter dictum* concerning the statement of the law in *Government of Kelantan v. Duff Development Company, Limited*, [1923] A.C. 395, is not accepted. In that case Viscount Cave held on the facts that there had been a specific reference and was not prepared to hold that the arbitrator had acted illegally. None of the members of the Court expressed any dissent from Viscount Cave's statement of the law. The subsequent case *F.R. Absalom Ltd. v. Great Western (London) Garden Village Society, Ltd.*, [1933] A.C. 592, (H.L.) held that, while recognizing the distinction between cases where a question of law has been specifically referred and those where it is involved incidentally, there had not in that case been a reference of a specific question of law and set aside the award because there had been an error of law on the face of the award. That case did not state a proposition of law different from that of Viscount Cave, whose statement should not be flatly rejected.

Per Estey J.: The arbitration board in this case was a consensual board as indicated by the Chief Justice. However, as stated in the reasons delivered by Pigeon J., the question referred was not a specific question of law. The standard of review of an award of a consensual board is as stated by the Chief Justice. The scope of review for error of law on the face of the record entails a review of the *dicta* of Viscount Cave in *Kelantan*.

[*Bell Canada v. Office and Professional Employees' Union*, [1974] S.C.R. 335; *Bradburn v. Wentworth Arms Hotel*, [1979] 1 S.C.R. 846; *Air-Care Ltd. v. United Steel Workers of America et al.*, [1976] 1 S.C.R. 2; *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517; *Stimpson v. Emerson* (1847), 9 L.T. (O.S.) 199; *Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Metropolitan Toronto Police Association v. Board of*

Les juges Martland et Ritchie: Bien que la Cour d'appel ait examiné l'affaire en partant de la prémisse qu'une question de droit précise avait été soumise à l'arbitre concernant l'interprétation de la convention collective, il s'agit plutôt d'une affaire dans laquelle un grief a été présenté à l'arbitrage en vertu d'une convention collective comme dans l'arrêt *Metropolitan Toronto Police Association c. Le Bureau des Commissaires de Police de la Région métropolitaine de Toronto*, [1975] 1 R.C.S. 630. Même en présumant que la question soumise à l'arbitre était une question de droit précise, et bien que d'accord avec la disposition de ce pourvoi proposée par le Juge en chef, son *obiter dictum* concernant l'énoncé du droit sur cette question dans l'arrêt *Government of Kelantan v. Duff Development Company, Limited*, [1923] A.C. 395 n'est pas accepté. D'après les faits de cette affaire, le vicomte Cave a jugé qu'il y avait eu présentation spécifique d'une question d'interprétation à l'arbitre et il n'était pas prêt à statuer que l'arbitre avait agi illégalement. Aucun membre de la Cour n'a exprimé de dissidence sur l'énoncé du droit formulé par le vicomte Cave. L'arrêt subséquent *F.R. Absalom Ltd. v. Great Western (London) Garden Village Society, Ltd.*, [1933] A.C. 592, (C.L.), tout en reconnaissant la distinction entre les affaires où une question de droit a été spécifiquement présentée pour décision et celles où pareille question se pose de manière incidente, a décidé qu'il n'y avait pas eu présentation d'une question de droit précise, et a infirmé la sentence parce qu'il y avait eu une erreur de droit qui apparaissait à la lecture de la sentence. Cet arrêt n'a pas formulé un énoncé de droit différent de celui formulé par le vicomte Cave, lequel ne doit pas être rejeté totalement.

Le juge Estey: En l'espèce, comme l'a indiqué le Juge en chef, le conseil d'arbitrage a été choisi par les parties. Cependant, comme l'a énoncé le juge Pigeon, la question soumise à ce conseil n'est pas une question de droit précise. Le Juge en chef a énoncé correctement le critère de révision d'une sentence rendue par un conseil choisi par les parties. Il est nécessaire de réviser les *dicta* du vicomte Cave dans l'arrêt *Kelantan* dans l'examen de l'étendue du pouvoir de réviser une erreur de droit qui apparaît à la lecture du dossier.

[*Jurisprudence: Bell Canada c. Office and Professional Employees' Union*, [1974] R.C.S. 335; *Bradburn c. Wentworth Arms Hotel*, [1979] 1 R.C.S. 846; *Air-Care Ltd. c. United Steel Workers of America et al.*, [1976] 1 R.C.S. 2; *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517; *Stimpson v. Emerson* (1847), 9 L.T. (O.S.) 199; *Le Syndicat canadien de la Fonction publique, Section locale 963 c. La Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Metropolitan Toronto*

Commissioners, [1975] 1 S.C.R. 630; *Kelantan v. Duff Development Company Limited*, [1923] A.C. 395; *F.R. Absalom Ltd. v. Great Western (London) Garden Village Society, Ltd.*, [1933] A.C. 592; *City of Vancouver v. Brandram-Henderson of B.C. Limited*, [1960] S.C.R. 539; *Hodgkinson v. Fernie* (1857), 3 C.B. (N.S.) 189; *The King v. Duveen*, [1913] 2 K.B. 32; *Toronto v. Thompson*, [1930] S.C.R. 120; *Re International Nickel Co. of Canada Ltd. and Rivando*, [1956] O.R. 379; *R. v. Barber et al., ex parte Warehousemen and Miscellaneous Drivers' Union, Local 419*, [1968] 2 O.R. 245; *Howe Sound Company v. International Union of Mine, Mill and Smelter Workers (Canada), Local 663* (1961), 29 D.L.R. (2d) 76, aff'd [1962] S.C.R. 318; *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers*, [1970] S.C.R. 425; *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147; *Bradley v. Canadian General Electric Co. Ltd.*, [1957] O.R. 316; *L'Alliance des Professeurs Catholiques de Montréal v. Labour Relations Board of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 140; *Re Canadian Westinghouse Co. Ltd. and Local 164, Draftsmen's Association of Ontario*, [1962] O.R. 17; *International Association of Machinists and Aerospace Workers et al. v. Hudson Bay Mining and Smelting Co. Ltd.*, [1968] S.C.R. 113; *Faubert and Watts v. Temagami Mining Co. Ltd.*, [1960] S.C.R. 235; *N.S.W. Mining Pty. Ltd. v. Hartford Fire Ins. Co.* (1972), 46 A.L.J.R., 391; *Rex v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal, ex p. Shaw*, [1952] 1 K.B. 338; *Kent v. Elstob* (1802), 3 East 18, 102 E.R. 502; *Hodgkinson v. Fernie* (1857), 3 C.B. (N.S.) 189; *John A. McRae & Co. v. Lemay* (1889), 18 S.C.R. 280; *Doe d. Stimpson v. Emmerson* (1847), 9 L.T. (O.S.) 199; *Re King and Duveen*, [1913] 2 K.B. 32; *Melbourne Harbour Trust Commissioners v. Hancock* (1927), 33 A.L.R. 245; *Attorney-General for Manitoba v. Kelly*, [1922] 1 A.C. 268; *City of Vancouver v. Brandram-Henderson of B.C. Ltd.*, [1960] S.C.R. 539; *Hitchens v. British Coal Refining Processes, Ltd.*, [1936] 2 All E.R. 191; *Taylor v. Barnett*, [1953] 1 All E.R. 843; *Darlington Wagon Co., Ltd. v. Harding*, [1891] 1 Q.B. 245; *Barton v. Blackburn* (1934), 150 L.T. 327 referred to.]

Police Association c. Bureau des Commissaires, [1975] 1 R.C.S. 630; *Kelantan v. Duff Development Company Limited*, [1923] A.C. 395; *F.R. Absalom Ltd. v. Great Western (London) Garden Village Society, Ltd.*, [1933] A.C. 592; *Ville de Vancouver c. Brandram-Henderson of B.C. Limited*, [1960] R.C.S. 539; *Hodgkinson v. Fernie* (1857), 3 C.B. (N.S.) 189; *The King v. Duveen*, [1913] 2 K.B. 32; *Toronto c. Thompson*, [1930] R.C.S. 120; *Re International Nickel Co. of Canada Ltd. and Rivando*, [1956] O.R. 379; *R. v. Barber et al., ex parte Warehousemen and Miscellaneous Drivers' Union, Local 419*, [1968] 2 O.R. 245; *Howe Sound Company v. International Union of Mine, Mill and Smelter Workers (Canada), Local 663* (1961), 29 D.L.R. (2d) 76, confirmé par [1962] R.C.S. 318; *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers*, [1970] R.C.S. 425; *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147; *Bradley v. Canadian General Electric Co. Ltd.*, [1957] O.R. 316; *L'Alliance des Professeurs Catholiques de Montréal c. La Commission des relations du travail du Québec*, [1953] 2 R.C.S. 140; *Re Canadian Westinghouse Co. Ltd. and Local 164, Draftsmen's Association of Ontario*, [1962] O.R. 17; *International Association of Machinists and Aerospace Workers et al. c. Hudson Bay Mining and Smelting Co. Ltd.*, [1968] R.C.S. 113; *Faubert and Watts c. Temagami Mining Co. Ltd.*, [1960] R.C.S. 235; *N.S.W. Mining Pty. Ltd. v. Hartford Fire Ins. Co.* (1972), 46 A.L.J.R. 391; *Rex v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal, ex p. Shaw*, [1952] 1 K.B. 338; *Kent v. Elstob* (1802), 3 East 18, 102 E.R. 502; *Hodgkinson v. Fernie* (1857), 3 C.B. (N.S.) 189; *John A. McRae & Co. c. Lemay* (1889), 18 R.C.S. 280; *Doe d. Stimpson v. Emmerson* (1847), 9 L.T. (O.S.) 199; *Re King and Duveen*, [1913] 2 K.B. 32; *Melbourne Harbour Trust Commissioners v. Hancock* (1927), 33 A.L.R. 245; *Attorney-General for Manitoba v. Kelly*, [1922] 1 A.C. 268; *Ville de Vancouver c. Brandram-Henderson of B.C. Ltd.*, [1960] R.C.S. 539; *Hitchens v. British Coal Refining Processes, Ltd.*, [1936] 2 All E.R. 191; *Taylor v. Barnett*, [1953] 1 All E.R. 843; *Darlington Wagon Co., Ltd. v. Harding*, [1891] 1 Q.B. 245; *Barton v. Blackburn* (1934), 150 L.T. 327.]

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division¹, allowing an appeal from a judgment of MacIntosh J.² dismissing an application on motion for an order to

POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel¹, accueillant l'appel interjeté de la décision du juge MacIntosh² qui a rejeté la requête visant à faire

¹ (1977), 18 N.S.R. (2d) 592.

² (1977), 18 N.S.R. (2d) 615.

¹ (1977), 18 N.S.R. (2d) 592.

² (1977), 18 N.S.R. (2d) 615.

set aside and quash an arbitral award on a grievance under a collective agreement. Appeal allowed, judgment of MacIntosh J. restored.

John Merrick and Daniel Potter, for the appellant.

G. J. McConnell and Ronald A. Pink, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Spence and Dickson J.J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*concurring in the result*)—This is an appeal, which is here by leave of the Nova Scotia Court of Appeal, from a judgment of that Court, Cooper J.A. dissenting, allowing an appeal from a judgment of MacIntosh J. who dismissed an application by the respondent Union under s. 13(2) of the *Arbitration Act*, R.S.N.S. 1967, c. 12 to set aside an award made by a consensual arbitrator under the authority of a collective agreement between the appellant Company and the respondent Union. The Nova Scotia Court of Appeal, in setting aside the award, directed that the matters in issue be remitted to the arbitrator for reconsideration, as permitted by s. 12(1) of the *Arbitration Act*.

Although the question whether the Nova Scotia Court of Appeal could properly grant leave to come here was not raised by the parties when this case came on for argument, there was, in my opinion, grave doubt whether the judgment in appeal was a “final judgment” under ss. 2(1) and 38 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19: see *Toronto v. Thompson*³. Nothing was finally determined by the judgment in appeal when the case was remitted for reconsideration. In the circumstances, the appeal having been argued on both sides in good faith and without counsel raising the question or being alerted by the Court to the point that I have mentioned, I would grant leave *nunc pro tunc*, pursuant to s. 41(2) of the *Supreme Court Act*. There are, in my view, important issues in this case respecting the reviewability

³ [1930] S.C.R. 120.

annuler la sentence arbitrale rendue sur un grief déposé en vertu d’une convention collective. Pourvoi accueilli, décision du juge MacIntosh rétablie.

John Merrick et Daniel Potter, pour l’appelante.

G. J. McConnell et Ronald A. Pink, pour l’intimé.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Spence et Dickson a été rendu par

LE JUGE EN CHEF (*motifs concordant quant au résultat*)—Il s’agit d’un pourvoi, interjeté sur autorisation de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse, à l’encontre d’un arrêt de cette dernière accueillant, le juge Cooper étant dissident, l’appel d’un jugement du juge MacIntosh qui rejetait une demande présentée par le syndicat intimé en vertu du par. 13(2) de l’*Arbitration Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 12. Cette demande visait à faire annuler une sentence rendue par un arbitre choisi par les parties aux termes d’une convention collective intervenue entre la compagnie appelante et le syndicat intimé. Annulant la sentence, la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a ordonné que les questions en litige soient renvoyées à l’arbitre pour nouvel examen, conformément au par. 12(1) de l’*Arbitration Act*.

Même si les parties n’ont pas soulevé dans les plaidoiries la question de la régularité de l’autorisation de pourvoi accordée par la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse, je doute beaucoup que le jugement porté en appel soit un «jugement définitif» au sens du par. 2(1) et de l’art. 38 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19: voir *Toronto c. Thompson*³. Le jugement porté en appel n’a rien tranché de manière définitive lorsque l’affaire a été renvoyée pour nouvel examen. Dans les circonstances, l’appel ayant été plaidé de bonne foi par les deux parties sans que les avocats soulèvent la question ou que la Cour leur signale le point que j’ai mentionné, je suis d’avis d’autoriser le pourvoi *nunc pro tunc*, conformément au par. 41(2) de la *Loi sur la Cour suprême*. A mon avis, cette cause comporte plusieurs questions importan-

³ [1930] R.C.S. 120.

of awards of consensual arbitrators.

The case was argued below and in this Court on the footing that what was in issue was an award of a consensual arbitrator. The underlying principle in that respect has been that the parties, having chosen to have their dispute determined without recourse to the Courts, indeed, having contracted on that basis and being entitled to do so and to have their agreement carried out, there should be a minimum of interference by the Courts with the ultimate award. Of course, legislative intervention to prescribe areas of review, beyond what was open under the common law, would have to be accepted; in Nova Scotia, as in other jurisdictions in Canada which adopted the model of the English *Arbitration Act* of 1889, provision exists for setting aside an award for "misconduct", this being provided by s. 13(2) of the *Arbitration Act*. Bias and fraud are among the categories of misconduct, and I would think a failure of natural justice, as for example, a refusal to hear submissions, is also included. How much further review is open has come to depend on the nature of the submission to arbitration: was a specific question of law referred to the arbitrator or a broader more general question in the course of which questions of law arise?

I leave this point for later mention in these reasons because what prompted the previous paragraph was considerable doubt on my part that the arbitration in this case fell into the class of consensual arbitration rather than statutory arbitration. The Nova Scotia *Trade Union Act*, 1972 (N.S.), c. 19, s. 40 provides that differences or grievances under a collective agreement, touching its meaning or violation, shall be dealt with through provision in the collective agreement for final settlement by "arbitration or otherwise" (the underlining is mine). The words "or otherwise" are not found in the Ontario *Labour Relations Act*, now R.S.O. 1970, c. 232, and it has long been held that the Ontario Act prescribes statutory arbitration, a conclusion reinforced by the fact that a statutory arbitration procedure is prescribed if a collective

tes sur le pouvoir de réviser des sentences rendues par des arbitres choisis par les parties.

Cette cause a été plaidée en Cour d'appel et devant cette Cour en partant de la prémisse que le litige portait sur une sentence rendue par un arbitre choisi par les parties. Le principe fondamental à cet égard est que les parties ayant choisi de faire trancher leur différend sans recourir aux tribunaux et, en fait, ayant contracté sur cette base et ayant le droit de le faire et d'obtenir l'exécution de leur convention, les cours devraient intervenir le moins possible dans la sentence finale. Bien sûr, il faut accepter l'intervention du législateur qui impose des domaines de révision nouveaux par rapport à ceux reconnus par la *common law*; en Nouvelle-Écosse comme dans les autres juridictions au Canada qui ont adopté le modèle de l'*Arbitration Act* anglais de 1889, une disposition, en l'occurrence le par. 13(2) de l'*Arbitration Act*, permet d'annuler une sentence pour «faute» de l'arbitre. La partialité et la fraude sont des catégories de faute et je suis d'avis qu'il en est ainsi des manquements à la justice naturelle comme, par exemple, le refus d'entendre des arguments. Jusqu'où peut aller la révision dépend de la nature du compromis d'arbitrage: a-t-on renvoyé à l'arbitre une question de droit précise ou une question plus générale dont l'examen a posé des questions de droit?

Je reviendrai sur cette question plus loin; j'ai parlé de ce qui précède parce que je doute beaucoup que la présente affaire entre dans la catégorie de l'arbitrage choisi par les parties plutôt que dans celle de l'arbitrage imposé par la loi. La *Trade Union Act* de la Nouvelle-Écosse, 1972 (N.-É.), chap. 19, art. 40 prévoit que les différends ou griefs nés de l'application d'une convention collective, concernant le sens de cette convention ou sa violation, doivent faire l'objet d'une clause prévoyant leur règlement définitif par [TRADUCTION] «arbitrage ou autrement» (c'est moi qui souligne). Les mots «ou autrement» ne se trouvent pas dans *The Labour Relations Act* de l'Ontario, maintenant R.S.O. 1970, chap. 232, et il est depuis longtemps reconnu que la loi ontarienne impose l'arbitrage obligatoire, conclusion qui est renforcée

agreement fails to provide for compulsory arbitration of grievances as final settlement thereof: see *Re International Nickel Co. of Canada Ltd. and Rivando*⁴ and see also *R. v. Barber et al., ex parte Warehousemen and Miscellaneous Drivers' Union, Local 419*⁵.

Strictly speaking, what was in issue in the *Rivando* case was whether *certiorari* lay to an arbitration board because alternative recourse to the provincial Arbitration Act was precluded by a statutory exclusion of this Act from any application to labour-management arbitration under a collective agreement. Some years later, the British Columbia Courts and this Court had to consider the question whether *certiorari* lay to an arbitration board established under a collective agreement in British Columbia: see *Howe Sound Company v. International Union of Mine, Mill and Smelter Workers (Canada), Local 663*⁶. The relevant British Columbia Statute at the time was the *Labour Relations Act, 1954* (B.C.), c. 17 which by s. 22(1) provided for final and conclusive settlement of differences under a collective agreement through provision therein for "arbitration or otherwise", the same formula found in the Nova Scotia Act. The parties in the *Howe Sound* case did provide for arbitration under their collective agreement. The British Columbia Act, unlike that in Ontario considered in the *Rivando* case, did not exclude the application of the provincial Arbitration Act nor did it prescribe a statutory arbitration clause for the parties if they failed to provide for a means of final and conclusive settlement under their collective agreement. What the statute did say, in s. 22(2), was that if the parties did not provide a means of settlement by arbitration or otherwise, the responsible Minister was required to prescribe a provision for them, that is a provision for settling grievances by arbitration or otherwise.

par la procédure d'arbitrage prescrite par la loi si la convention collective ne prévoit pas l'arbitrage obligatoire comme règlement définitif des griefs: voir *Re International Nickel Co. of Canada Ltd. and Rivando*⁴, également *R. v. Barber et al. R., ex parte Warehousemen and Miscellaneous Drivers' Union, Local 419*⁵.

A vrai dire, dans l'affaire *Rivando*, il s'agissait de savoir si l'on pouvait obtenir un bref de *certiorari* contre un conseil d'arbitrage parce qu'une disposition de la loi provinciale sur l'arbitrage excluait toute possibilité d'y recourir subsidiairement à l'égard d'un arbitrage patronal-syndical prévu dans une convention collective. Quelques années plus tard, les cours de la Colombie-Britannique et cette Cour ont été saisies de la question de savoir si un conseil d'arbitrage créé aux termes d'une convention collective en Colombie-Britannique pouvait être assujéti au *certiorari*: voir *Howe Sound Company v. International Union of Mine, Mill and Smelter Workers (Canada), Local 663*⁶. La loi pertinente de la Colombie-Britannique à l'époque était la *Labour Relations Act, 1954* (B.C.), chap. 17 dont le par. 22(1) exigeait qu'une convention collective contienne une disposition portant que les différends nés de son application devaient être réglés de manière finale et définitive par [TRADUCTION] «arbitrage ou autrement», la même formule que celle employée dans la Loi de la Nouvelle-Écosse. Dans l'affaire *Howe Sound*, les parties avaient effectivement prévu l'arbitrage dans leur convention collective. La Loi de la Colombie-Britannique, contrairement à celle de l'Ontario examinée dans l'affaire *Rivando*, n'excluait pas l'application de la loi provinciale sur l'arbitrage ni n'imposait une clause d'arbitrage aux parties si leur convention collective ne prévoyait aucun moyen pour arriver à un règlement final et définitif. Suivant le par. 22(2) de la loi, si les parties n'avaient pas prévu un moyen de règlement par arbitrage ou autrement, le Ministre responsable devait imposer une disposition à leur endroit, soit une disposition pour le règlement des griefs par arbitrage ou autrement.

⁴ [1956] O.R. 379.

⁵ [1968] 2 O.R. 245.

⁶ (1961), 29 D.L.R. (2d) 76 aff'd [1962] S.C.R. 318.

⁴ [1956] O.R. 379.

⁵ [1968] 2 O.R. 245.

⁶ (1961), 29 D.L.R. (2d) 76 confirmé par [1962] R.C.S. 318.

It was, accordingly, held in the *Howe Sound* case that *certiorari* did not lie, despite the fact that the parties had opted for arbitration. Section 22 was not apt, so it was held, to give the arbitration board in that case statutory status, especially when the Minister had not been required to act under s. 22(2). Recourse for review had to be, as Cartwright J. (as he then was) said for this Court, to the provincial Arbitration Act. The implication was, therefore, that the parties in the *Howe Sound* case had consensual arbitration.

The Nova Scotia *Trade Union Act* stands in between the Ontario Act above-mentioned and the British Columbia Act considered in the *Howe Sound* case. Although it does provide, as in the *Howe Sound* case, for "arbitration or otherwise", nonetheless it goes on in s. 40(2) to provide for an arbitration clause which is to be deemed to be included in the collective agreement if the parties themselves fail to provide a means of final settlement of grievances under their collective agreement. In this respect, it is similar to the Ontario legislation.

It may be that there should be a reconsideration of the procedural issue on which the *Howe Sound* case turned, and it would be desirable to bring into account legislation such as the present Nova Scotia *Trade Union Act*. I do not, however, think it should be done here. The Courts below have treated the present case as one of consensual arbitration and so have counsel in the case. In these respects this case is similar to *Metropolitan Toronto Police Association v. Metropolitan Toronto Board of Commissioners of Police*⁷ and as in that case so in this one, I am content to proceed on the footing that what is under review is the award of a consensual arbitrator. I turn therefore to the issues on this basis.

The parties agreed upon the arbitrator and agreed upon his jurisdiction to entertain and determine a policy grievance. It was filed by the Union

⁷ [1975] 1 S.C.R. 630.

L'arrêt *Howe Sound* a par conséquent conclu qu'il ne pouvait y avoir recours en *certiorari* même si les parties avaient choisi l'arbitrage. L'article 22, a-t-on conclu, ne pouvait donner au conseil d'arbitrage le caractère de tribunal établi en vertu d'une loi, surtout lorsque le Ministre n'avait pas été requis d'agir en vertu du par. 22(2). Comme l'a dit le juge Cartwright (alors juge puîné) parlant au nom de cette Cour, la demande de révision devait être faite en vertu de la loi provinciale sur l'arbitrage. Donc, on laissait entendre dans l'arrêt *Howe Sound* qu'il s'agissait d'un arbitrage choisi par les parties.

La *Trade Union Act* de la Nouvelle-Écosse se situe entre la loi ontarienne susmentionnée et la loi de la Colombie-Britannique examinée dans l'arrêt *Howe Sound*. Bien qu'elle prévoie, comme dans l'arrêt *Howe Sound*, le règlement par «arbitrage ou autrement», elle prévoit néanmoins au par. 40(2) une clause d'arbitrage qui est réputée incluse dans la convention collective si les parties elles-mêmes ne prévoient pas un moyen de règlement définitif des griefs dans leur convention collective. A cet égard, elle est semblable à la loi ontarienne.

Il faudrait peut-être examiner à nouveau la question de procédure sur laquelle portait l'arrêt *Howe Sound* et il serait souhaitable de tenir compte d'une loi telle que la présente *Trade Union Act* de la Nouvelle-Écosse. Toutefois, je ne crois pas qu'il y ait lieu de procéder ainsi en l'espèce. Les cours d'instance inférieure et les avocats ont considéré qu'il s'agissait ici d'un arbitrage demandé par les parties. A cet égard, la présente affaire est semblable à *Metropolitan Toronto Police Association c. Le Bureau des Commissaires de Police de la Région métropolitaine de Toronto*⁷ et, comme dans cette affaire-là, il me suffira de procéder en partant de la prémisse que la révision a pour objet la sentence d'un arbitre choisi par les parties. J'examinerai donc les questions sur cette base.

Les parties ont choisi un arbitre et ont reconnu sa compétence pour entendre et trancher un grief collectif déposé par le syndicat aux termes de

⁷ [1975] 1 R.C.S. 630.

under article 6.07 of a collective agreement, which was executed in fact on or about September 16, 1974 but was declared to be effective for a three-year period as of March 31, 1974, that being the date following the expiry date of the predecessor collective agreement between the parties. Upon expiry of the previous agreement the parties had negotiated for a new agreement but were then unable to conclude one, and a legal strike followed which endured until the consummation of an agreement on or about September 16. The issue submitted to arbitration revolves around the effect of the legal strike upon holiday pay entitlement of employees as provided by article 19 of the collective agreement and, particularly, articles 19.04 and 19.05.

I would have expected the grievance in the exact form in which it was filed to be part of the record. It is nowhere reproduced in any of the judgments, nor in the award of the arbitrator. Cooper J.A. in his dissenting reasons notes that "the issue before the arbitrator was whether employees accumulated seniority during the period of the strike so as to entitle them to paid holidays under articles 19.04 and 19.05 of the collective agreement". Later on in his reasons he says this:

It appears, as I understand it, to be common ground here that the parties have referred a specific question of law to the arbitrator as found by Mr. Justice MacIntosh. The arbitrator was asked whether or not employees accumulate seniority during the period of a strike thereby entitling them to paid holidays under articles 19.04 and 19.05 of the collective agreement. There was no dispute as to the facts.

MacKeigan C.J.N.S., whose disposition of the appeal was concurred in by Coffin J.A., also took the view that what was referred to the arbitrator was a pure or straight question of law, one concerned with the construction of the collective agreement. Coffin J.A., in his short reasons, did not address himself to the point but I think it is implicit in what he said that he too proceeded on the basis that the arbitrator was seized of a specific question of law.

l'article 6.07 de la convention collective qui, en fait, a été signée le 16 septembre 1974 ou vers cette date, mais a été déclarée exécutoire pour une période de trois ans à partir du 31 mars 1974, soit le jour suivant la date d'expiration de la convention précédente. Les parties avaient alors vainement négocié en vue d'une nouvelle convention, une grève légale a suivi et s'est prolongée jusqu'à la signature d'une nouvelle convention le 16 septembre ou vers cette date. La question soumise à l'arbitrage concerne l'effet de la grève légale sur le droit des employés aux jours fériés payés prévu par l'article 19 de la convention collective et, plus particulièrement, les articles 19.04 et 19.05.

J'aurais pensé trouver au dossier le grief dans sa formulation exacte au moment de son dépôt. Il n'est reproduit dans aucun jugement ni dans la sentence arbitrale. Dans ses motifs de dissidence, le juge Cooper de la Cour d'appel fait remarquer que [TRADUCTION] «la question soumise à l'arbitre était de savoir si les employés avaient accumulé de l'ancienneté pendant la grève de manière à avoir droit aux jours fériés payés en vertu des articles 19.04 et 19.05 de la convention collective». Voici ce qu'il dit plus loin dans ses motifs:

[TRADUCTION] Selon moi, il est admis ici que les parties ont soumis à l'arbitre une question de droit précise comme l'a conclu le juge MacIntosh. On a demandé à l'arbitre si les employés avaient accumulé de l'ancienneté pendant la grève de manière à avoir droit aux jours fériés payés en vertu des articles 19.04 et 19.05 de la convention collective. Les faits n'étaient pas contestés.

Dans le jugement qu'il a rendu en appel, auquel a souscrit le juge Coffin, le juge McKeigan, juge en chef de la Nouvelle-Écosse, a également exprimé l'opinion que c'est une question de droit pure ou directe qui a été soumise à l'arbitre et qu'elle portait sur l'interprétation de la convention collective. Dans ses brefs motifs, le juge Coffin ne s'est pas arrêté à cette question, mais je crois qu'il ressort implicitement de ce qu'il a dit qu'il a également procédé en partant de la prémisse que l'arbitre avait été saisi d'une question de droit précise.

Although all four judges before whom this case came were agreed that a specific question of law was put before the arbitrator (as contrasted with an issue in the course of whose determination questions of law arise), they differed as to the reviewability of the arbitrator's award. The judge of first instance was of the opinion that even if there be error of law on the face of the award, the arbitrator's answer, whether right or wrong, is not reviewable, unless there be jurisdictional error. MacIntosh J. then was faced with submissions of the Union that there was jurisdictional error, an excess of jurisdiction, in the improper admission and consideration of extrinsic evidence and, also, in failure to take into account material relevant to the making of the award. He rightly, in my opinion, rejected this second alleged ground of jurisdictional error as being nothing more than an allegation of misinterpretation of the collective agreement and this was an unreviewable error of law. It is not clear, however, whether he viewed the issue of an alleged improper admission of extrinsic evidence as going to jurisdiction—in my opinion, it does not—because he evaded the question by finding that there was an ambiguity in the collective agreement so as to make extrinsic evidence, in this case an instance of past practice, admissible. In the result, he rejected the Union's attack on the award.

MacKeigan C.J.N.S. and Cooper J.A. took a different view as to the scope of review of the award of a consensual arbitrator concerned with answering a specific question of law. They agreed that review was not open on the question of proper construction of the collective agreement which lay at the base of the referred question of law, but both were of the opinion that review was open on the grounds set out by Lord Cave in *Government of Kelantan v. Duff Development Co.*⁸, at p. 409 where he said this:

... But where a question of construction is the very thing referred for arbitration, then the decision of the arbitrator upon that point cannot be set aside by the Court only because the Court would itself have come to a different conclusion. If it appears by the award that the arbitrator has proceeded illegally—for instance, that

⁸ [1923] A.C. 395.

Bien que les quatre juges saisis de cette affaire aient été d'avis qu'une question de droit précise avait été soumise à l'arbitre (par opposition à une affaire dont l'examen a soulevé des questions de droit), ils différaient d'opinion quant au caractère révisable de la sentence arbitrale. Le juge de première instance était d'avis que même s'il y avait erreur de droit à la lecture de la sentence, la réponse de l'arbitre, qu'elle soit bien fondée ou non, n'est pas révisable à moins qu'il y ait excès de compétence. Le juge MacIntosh devait donc examiner la prétention du syndicat qu'il y avait excès de compétence, parce qu'une preuve extrinsèque avait été irrégulièrement admise et examinée et qu'on n'avait pas tenu compte d'éléments pertinents à l'arbitrage. A mon avis, il a eu raison de rejeter ce deuxième moyen fondé sur l'excès de compétence en disant que ce n'était rien de plus qu'une allégation d'interprétation erronée de la convention collective et que c'était là une erreur de droit non révisable. On ne peut toutefois pas dire avec certitude s'il a considéré que la question de l'admission irrégulière d'une preuve extrinsèque touchait à la compétence—à mon avis, ce n'est pas le cas—parce qu'il a évité la question en concluant que la convention collective était ambiguë de sorte que la preuve extrinsèque, en l'espèce un usage, était recevable. Finalement, il a rejeté la contestation de la sentence par le syndicat.

Le juge en chef MacKeigan et le juge Cooper ont adopté un point de vue différent sur l'étendue du pouvoir de réviser la sentence d'un arbitre qui a été choisi par les parties et qui devait répondre à une question de droit précise. Ils ont admis que la question de l'interprétation exacte de la convention collective qui est à la base de la question de droit soumise n'était pas susceptible de révision, mais tous les deux étaient d'avis qu'elle pouvait donner lieu à révision pour les motifs énoncés par lord Cave dans *Government of Kelantan v. Duff Development Co.*⁸, à la p. 409 où il a dit:

[TRADUCTION] Mais lorsqu'une question d'interprétation est la chose même qui est soumise à l'arbitrage, alors la Cour ne peut infirmer la décision de l'arbitre sur ce point pour le simple motif que la Cour aurait elle-même tiré une conclusion différente. S'il ressort de la sentence que l'arbitre a procédé illégalement—par exemple, qu'il

⁸ [1923] A.C. 395.

he has decided on evidence which in law was not admissible or on principles of construction which the law does not countenance, then there is error in law which may be ground for setting aside the award; but the mere dissent of the Court from the arbitrator's conclusion on construction is not enough for that purpose.

I shall return to this passage later in these reasons. It is enough to say at this point that the passage appears to me to negate what is said to be the governing principle where a consensual arbitrator's task is to decide a specific or straight question of law, namely, that his award is not reviewable for error of law on the face of the record.

MacKeigan C.J.N.S. and Cooper J.A., having adopted Lord Cave's position on reviewability of an award such as the one here, then differed as to how far review should go in this case. MacKeigan C.J.N.S. was of the opinion that review was open if the arbitrator committed "any legal or jurisdictional error" in deciding or failing to decide the question before him, such error being "so relevant and substantial as to invalidate the award". He included in such errors "failure to take relevant considerations into account, taking irrelevant ones too much into account, or just answering the wrong question". He also introduced as two other grounds of attack, indeed of direct attack on the arbitrator's determination of the specific question referred to him, namely, where a gross error has occurred in the decision of the very question referred and, second, where the arbitrator's interpretation of the collective agreement clauses which he is to construe is not one which the language of the clauses will reasonably bear. This latter ground of attack seems to me to blur the distinction between statutory arbitration and consensual arbitration, and I shall also return to this issue later in these reasons.

Cooper J.A. addressed himself only to the question whether the arbitrator wrongly considered extrinsic evidence and he agreed with MacIntosh

a fondé sa décision sur une preuve qui en droit était irrecevable ou sur des principes d'interprétation que le droit n'autorise pas, il y a alors une erreur de droit qui peut être un motif d'infirmer la sentence; mais le simple fait que la Cour ne partage pas la conclusion de l'arbitre sur l'interprétation n'est pas suffisant à cette fin.

Je reviendrai à ce passage plus loin dans mes motifs. Il suffit pour l'instant de dire que ce passage me paraît nier ce qui est considéré comme le principe directeur lorsqu'un arbitre choisi par les parties doit trancher une question de droit pure ou directe, c'est-à-dire que sa sentence n'est pas susceptible de révision pour cause d'erreur de droit apparaissant à sa lecture.

Après avoir adopté la position de lord Cave sur la possibilité de réviser une sentence comme la présente, le juge en chef MacKeigan et le juge Cooper ont ensuite différé d'opinion sur l'étendue du pouvoir de révision en l'espèce. Le juge en chef MacKeigan était d'avis qu'il pouvait y avoir révision si l'arbitre avait commis [TRADUCTION] «une erreur de droit ou un excès de compétence» en tranchant ou en ne tranchant pas la question qui lui était soumise, cette erreur étant [TRADUCTION] «assez pertinente et importante pour rendre la sentence nulle». Il comptait parmi ces erreurs [TRADUCTION] «l'omission de tenir compte des considérations pertinentes, l'importance excessive accordée à celles qui ne le sont pas, ou tout simplement la solution de la mauvaise question». Il a également introduit deux autres moyens de contestation, en fait, de contestation directe de la décision de l'arbitre sur la question précise qui lui est soumise, savoir, lorsqu'il y a eu erreur flagrante dans la décision sur la question même qui lui est soumise et, deuxièmement, lorsque l'interprétation que l'arbitre donne aux dispositions de la convention collective qu'il doit analyser ne se dégage pas normalement desdites dispositions. Ce dernier moyen de contestation me semble brouiller la distinction entre l'arbitrage imposé par la loi et l'arbitrage choisi par les parties; je reviendrai également sur cette question plus loin dans les présents motifs.

Le juge Cooper n'a examiné que la question de savoir si l'arbitre avait, à tort, pris en considération une preuve extrinsèque et il a partagé l'opinion du

J. that there was latent ambiguity in the relevant clauses of the collective agreement and that, accordingly, extrinsic evidence was admissible. Not without doubt, he concluded that the arbitrator had related the extrinsic evidence to the ambiguity. In the result, he affirmed the decision of MacIntosh J. that the award was not reviewable. Coffin J.A. agreed that there was ambiguity in the collective agreement but he also agreed with Chief Justice MacKeigan on the main point taken by the latter, namely, that the arbitrator had asked himself the wrong question and had failed to answer what the Chief Justice said was "the key and only question that needs to be answered".

I turn therefore to the reasons of MacKeigan C.J.N.S. on this issue. I should note, before doing so, that the Chief Justice also held the opinion, not shared by the other judges who heard the case, that the arbitrator had "also permitted himself to be influenced by extrinsic evidence which was wrongly admitted". MacKeigan C.J.N.S. was of the opinion that the arbitrator had not used the extrinsic evidence to resolve an ambiguity but rather, erroneously, to help him draw an inference against the position of the Union on the main issue. In the Chief Justice's opinion, there was no ambiguity to support the admissibility of extrinsic evidence.

Coming then to the basis of the majority judgment in the Court of Appeal that the wrong question was asked, I must repeat at the outset the agreement of all judges in the case (implicit though it be in Coffin J.A.'s reasons) that the arbitrator was required to determine a specific question of law which was whether the employees of the Company accumulated seniority during the period of their legal strike so as to entitle them, if they otherwise qualified, to paid holidays under articles 19.04 and 19.05 of the collective agreement. The arbitrator dealt with this question in a far from crisp fashion. He relied on, as extrinsic evidence, a back-to-work agreement of 1969, which was made part of the collective agreement then entered into and under which it was agreed that the employees who had been on strike would

juge MacIntosh qu'il y avait ambiguïté dans les dispositions pertinentes de la convention collective et que, par conséquent, la preuve extrinsèque était recevable. Il a conclu, non sans un doute, que l'arbitre avait rattaché la preuve extrinsèque à l'ambiguïté. Finalement, il a confirmé la décision du juge MacIntosh que la sentence arbitrale n'était pas susceptible de révision. Le juge Coffin a lui aussi reconnu qu'il y avait ambiguïté dans la convention collective, mais il a également partagé l'opinion du juge en chef MacKeigan sur le point que ce dernier a principalement retenu, savoir, que l'arbitre s'était posé la mauvaise question et n'avait pas répondu à celle qui, selon le Juge en chef, était [TRADUCTION] «l'unique question à laquelle il faut répondre».

J'examinerai donc les motifs du juge en chef MacKeigan sur ce point. Je ferai remarquer d'abord que contrairement aux autres juges qui ont entendu l'affaire, le Juge en chef était également d'avis que l'arbitre [TRADUCTION] «s'est aussi laissé influencer par la preuve extrinsèque qu'il avait irrégulièrement admise». Le juge en chef MacKeigan était d'avis que l'arbitre ne s'était pas servi de la preuve extrinsèque pour résoudre une ambiguïté mais plutôt, à tort, pour lui permettre de tirer une conclusion contre la position du syndicat sur le principal point en litige. De l'avis du Juge en chef, aucune ambiguïté n'appuyait la recevabilité de la preuve extrinsèque.

Pour en venir maintenant au fondement du jugement majoritaire de la Cour d'appel selon lequel on avait posé la mauvaise question, je dois répéter tout d'abord que tous les juges qui ont entendu l'affaire ont convenu (bien que cela soit implicite dans les motifs du juge Coffin) que l'arbitre devait répondre à une question de droit précise, savoir, si les employés de la compagnie avaient accumulé de l'ancienneté pendant la durée de leur grève légale de manière à avoir droit, les autres conditions prescrites étant remplies, aux jours fériés payés en vertu des articles 19.04 et 19.05 de la convention collective. L'arbitre a examiné cette question de façon plutôt confuse. Il s'est appuyé, le considérant comme une preuve extrinsèque, sur un accord de retour au travail datant de 1969, qui est devenu partie intégrante de la convention collective signée

be considered as having been laid off, and thus entitled to continue to accumulate seniority during the strike period. The arbitrator emphasized that there was no such agreement made in respect of the 1974 strike. For him, the important question revolved around the meaning of the word "service", being time spent on the job for which pay was received, and he concluded that unless an employee was working he did not accumulate seniority save as express provision was made otherwise as under articles 9.04, 9.05 and 9.06 of the 1974 agreement. In the result, the arbitrator determined (to use his own words) "that seniority does not accumulate during the period of the strike with regard to holiday pay". This was a clear answer to the question before him.

The relevant terms of the collective agreement are articles 9.01, 9.02, 9.04, 9.05, 19.04, 19.05 and 25.03. They read as follows:

9.01 For the purpose of this agreement and unless otherwise stipulated herein, "seniority" means the length of service in the bargaining unit.

9.02 Seniority of an employee shall not count until he has completed an accumulated period of thirty-eight (38) days worked in the employ of the Company.

9.04 Whenever an employee with acquired seniority rights is away from work on a leave of absence or because of a disciplinary suspension or illness or injury or any other justifiable reason, his seniority shall accumulate during such absence, unless otherwise stipulated within the present agreement.

9.05 Whenever an employee is laid off, his seniority continues to accumulate during such period of time that his name appears on the recall list.

19.04 Subject to the provisions of Article 19.05, an employee is qualified to receive pay for the above holidays if he has attained seniority through completion of his probationary period and he has worked seven (7) hours on the work day immediately prior to, and seven (7) hours on the day after, each of the above-named holidays. Absence from work for reasonable cause on the day before or after the holiday will be counted as time worked in qualifying for holiday pay.

tive signée par la suite et aux termes duquel il était convenu que les employés qui avaient été en grève seraient considérés comme ayant été mis à pied et auraient ainsi droit de continuer à accumuler de l'ancienneté pendant la grève. L'arbitre a souligné l'absence d'accord de ce genre relativement à la grève de 1974. Pour lui, la question importante reposait sur le sens du mot «service», c'est-à-dire le temps passé au travail rémunéré, et il a conclu qu'un employé qui ne travaille pas n'accumule pas d'ancienneté à moins d'une disposition expresse en sens contraire, comme en vertu des articles 9.04, 9.05 et 9.06 de la convention de 1974. Finalement, l'arbitre a décidé que (pour reprendre ses mots) [TRADUCTION] «en ce qui a trait aux jours fériés payés on ne pouvait pendant la grève accumuler de l'ancienneté. C'était là une réponse nette à la question qui lui était soumise.

Les dispositions pertinentes de la convention collective sont les articles 9.01, 9.02, 9.04, 9.05, 19.04, 19.05 et 25.03 dont voici le texte:

[TRADUCTION] 9.01 Aux fins de la présente convention et sauf disposition contraire, «ancienneté» signifie la durée du service dans l'unité de négociation.

9.02 L'ancienneté d'un employé ne sera pas considérée avant qu'il ait accompli et accumulé trente-huit (38) jours de travail au service de la compagnie.

9.04 Lorsqu'un employé qui a acquis des droits d'ancienneté s'absente du travail suite à un congé autorisé, une suspension disciplinaire, une maladie ou une blessure ou pour une autre raison valable, il accumule de l'ancienneté pendant cette absence à moins d'une stipulation au contraire dans la présente convention.

9.05 Lorsqu'un employé est mis à pied, il continue d'accumuler son ancienneté tant que son nom figure sur la liste de rappel.

19.04 Sous réserve de l'article 19.05, un employé a droit à son salaire pour les jours fériés susmentionnés s'il a acquis de l'ancienneté en complétant sa période de stage et s'il a travaillé sept (7) heures le jour ouvrable qui précède immédiatement les jours fériés susmentionnés et sept (7) heures le jour ouvrable qui suit. L'absence du travail pour une cause raisonnable le jour qui précède ou le jour qui suit le jour férié sera considérée comme du temps passé au travail donnant droit au jour férié payé.

19.05 In no case shall the number of consecutively paid holidays (Christmas Holiday Period) exceed the number of full months of accumulated seniority attained on the day prior to commencement of said consecutively occurring holidays.

25.03 For the purposes of this agreement, the word "service" includes any period of time during which an employee accumulates seniority as well as any period of employment with the Company in any capacity whatsoever.

It is obvious from a reading of articles 19.04 and 19.05, taking these provisions alone, that employees on strike could not qualify for pay for any designated holiday occurring during the strike period. Certainly, the notion of a strike, a legal strike, taking place during the currency of a collective agreement is alien to the collective agreement in this case under which the arbitration proceeded; article 7.01 is express on this point. Should it not then have been necessary, if the strike period was to be characterized as a lay-off or was otherwise to be regarded as not interrupting the accumulation of seniority, that express provision be made to that effect? None was made, but it was the view of the Court of Appeal majority that the retroactive effect given to the collective agreement made article 9.04 applicable and obliged the arbitrator to focus attention on its provision for continuing accumulation of seniority if an employee with seniority was away from work "on a leave of absence or because of a disciplinary suspension or illness or injury or any other justifiable reason". The Court of Appeal majority concluded that, there having been a legal strike during the specified agreement period, although arising from the retroactive dating and effect of the agreement, the arbitrator ought to have considered whether it provided "other justifiable reason" for absence from work, and he failed to do this.

True, he failed to do this explicitly but he did consider the no-strike clause article 7.01, and he did refer to article 9.04 but obviously ruled out its application. Chief Justice MacKeigan states that the arbitrator asked himself "the wrong question" but I cannot find anywhere in his reasons what this

19.05 En aucun cas le nombre de jours fériés consécutifs payés (période de Noël) ne doit dépasser le nombre de mois complets d'ancienneté accumulée le jour qui précède le commencement desdits jours fériés consécutifs.

25.03 Aux fins de la présente convention, le mot «service» comprend toute période pendant laquelle un employé accumule de l'ancienneté et toute période d'emploi auprès de la compagnie à quelque titre que ce soit.

Il est évident, à la lecture des articles 19.04 et 19.05, pris isolément, que les employés en grève ne pouvaient avoir droit au paiement d'un jour férié désigné qui coïncidait avec un jour de grève. Il est certain que la notion de grève, de grève légale, qui survient pendant qu'une convention collective est en vigueur, est étrangère à la convention collective en l'espèce aux termes de laquelle l'arbitrage s'est déroulé; l'article 7.01 est explicite sur ce point. Si l'on voulait que la grève soit assimilée à une mise à pied ou que d'autre part elle n'interrompe pas l'accumulation de l'ancienneté, n'aurait-il pas fallu une stipulation expresse à cet effet? Il n'existait aucune disposition en ce sens, mais la majorité de la Cour d'appel était d'avis que l'effet rétroactif donné à la convention collective rendait l'article 9.04 applicable et obligeait l'arbitre à centrer son attention sur les dispositions concernant l'accumulation de l'ancienneté si un employé qui a acquis des droits d'ancienneté était absent du travail «suite à un congé autorisé, une suspension disciplinaire, une maladie ou une blessure ou pour une autre raison valable». La majorité de la Cour d'appel a conclu que puisqu'il y avait eu une grève légale pendant la durée indiquée de la convention, bien que cela résulte de l'effet rétroactif de la convention, l'arbitre aurait dû se demander si elle prévoyait «une autre raison valable» d'absence du travail, ce qu'il n'a pas fait.

Il est vrai qu'il ne l'a pas fait de façon expresse, mais il a effectivement examiné les dispositions d'interdiction de grève prévues à l'article 7.01, et il s'est référé à l'article 9.04 mais il en a manifestement écarté l'application. Le juge en chef MacKeigan dit que l'arbitre s'est posé «la mauvaise ques-

wrong question was. It seems to me, and it is patent on the face of the award, that the arbitrator, not very elegantly perhaps, addressed himself to the very question he was asked to consider. In my opinion, it was Chief Justice MacKeigan and as well Coffin J.A. who raised another question, a question within the main question, and purported to make it the essential issue for determination, an issue which, in my opinion, the arbitrator considered and decided against the Union's contention.

I think it important to say a word here about the "wrong question" syndrome. The term "wrong question" first came into the vocabulary of this Court in *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers*⁹. This Court took the term and the concept that it represented from the judgments of the House of Lords in *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*¹⁰, especially the reasons of Lord Reid at p. 171, the reasons of Lord Pearce at p. 195 and those of Lord Wilberforce at p. 210. The *Anisminic* case was concerned, *inter alia*, with an ouster clause, a privative clause as it is usually called in Canadian case law, protecting "determinations" by a statutory tribunal from being questioned in any court. According to the majority of the House of Lords, there may be "determinations" in fact which are not so under the law governing the tribunal's exercise of authority. Considerable subtlety may be involved in the road to such a conclusion, as is evident when one considers the different view taken in the *Anisminic* case in the English Court of Appeal as reflected in the reasons of Diplock L.J., as he then was: see [1967] 3 W.L.R. 382 at pp. 391-413. Answering the "wrong question" according to the House of Lords amounts to a departure from jurisdiction, and Cartwright C.J.C. who delivered the judgment of this Court in the *Metropolitan Insurance* case, *supra*, at p. 435, adopted this view against the operation of a privative clause which he said could not avail as protection.

⁹ [1970] S.C.R. 425.

¹⁰ [1969] 2 A.C. 147.

tion» mais je ne trouve nulle part dans ses motifs quelle était cette mauvaise question. Je crois, et cela est évident à la lecture de la sentence arbitrale, que l'arbitre, d'une façon peut-être boiteuse, s'est posé la question même qui lui était soumise. A mon avis, c'est le juge en chef MacKeigan et le juge Coffin qui ont soulevé une autre question, incidente à la question principale, et ont voulu en faire le point essentiel du litige, un point que l'arbitre a, à mon avis, examiné et tranché contre la prétention du syndicat.

J'estime qu'il est important ici de dire un mot sur le syndrome de la «mauvaise question». C'est dans l'arrêt *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers*⁹ que cette Cour a utilisé pour la première fois l'expression «mauvaise question». Cette Cour a emprunté l'expression et son concept au jugement de la Chambre des lords dans *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*¹⁰ principalement les motifs de lord Reid à la p. 171, les motifs de lord Pearce à la p. 195 et ceux de lord Wilberforce à la p. 210. L'arrêt *Anisminic* portait, entre autres, sur une clause d'exclusion, que la jurisprudence canadienne appelle ordinairement clause restrictive, qui empêche les cours de réviser les «décisions» d'un tribunal créé par la loi. Selon la majorité de la Chambre des lords, il peut y avoir des «décisions» qui en fait n'en sont pas aux termes de la loi régissant l'exercice de la compétence du tribunal. Il faut sans doute beaucoup de subtilité pour parvenir à une telle conclusion, comme on peut le constater à l'examen de l'opinion différente adoptée dans l'arrêt *Anisminic* de la Cour d'appel anglaise que l'on trouve dans les motifs du lord juge Diplock, tel était alors son titre: voir [1967] 3 W.L.R. 382 aux pp. 391 à 413. Selon la Chambre des lords, répondre à la «mauvaise question» équivaut à un excès de compétence et le juge en chef du Canada, le juge Cartwright, qui a prononcé le jugement de cette Cour dans l'arrêt *Metropolitan Insurance*, précité, à la p. 435, a retenu cette opinion à l'encontre de l'application d'une clause restrictive qui, a-t-il dit, n'offrait aucune protection.

⁹ [1970] R.C.S. 425.

¹⁰ [1969] 2 A.C. 147.

I am not concerned here to re-examine the *Metropolitan Insurance* case, which was concerned with the decision of a statutory tribunal, the Ontario Labour Relations Board, and not with that of a consensual arbitrator. In my opinion, talk about the right or wrong question is merely a euphemism for addressing the issue which is properly before the arbitrator. It provides a form of judicial control which goes beyond error of law, as that has been hitherto understood, and it is fraught with the danger of substitution of judicial opinion for that of the tribunal which the Legislature has put in place or for that of the arbitration board or arbitrator selected by the parties. There may, of course, be cases, rare ones I would think, in which an arbitration board or an arbitrator in labour-management relations matters has completely misunderstood or misconceived the task before it or him; in short, it or he has not addressed the issue—I mean here, the main issue and not subsidiary or ancillary considerations—which has been committed for determination. That is not true in the present case. The arbitrator, whether correctly or incorrectly, has met and determined the main issue, indeed the single question before him, and there is no room for interference on the ground that he had failed to address himself to the right question.

In my opinion, for a Court to go behind the issue before a consensual arbitrator to whom a specific question of law has been referred for determination, which is the present case, and to find that a subordinate question has not been explicitly addressed, again as in this case, is to enlarge the scope of review open in respect of such consensual arbitration when it has been limited by judgments of this Court. Otherwise, there would be an equivalence with the scope of review generally open in the case of a statutory tribunal. This is subject, of course, to the operative effect of a privative provision which would exclude review of alleged errors of law but not of errors of jurisdiction, of which the typical one in the cases is a denial of natural justice: see *Bradley v. Canadian General Electric Co. Ltd.*¹¹; *L'Alliance des Professeurs Catholiques de Montreal v. Labour Rela-*

Je n'ai pas à réexaminer ici l'arrêt *Metropolitan Insurance* qui portait sur la décision d'un tribunal créé par la loi, l'Ontario Labour Relations Board, et non sur celle d'un arbitre choisi par les parties. A mon avis, parler de la bonne ou de la mauvaise question est simplement un euphémisme pour décrire la question dont l'arbitre est régulièrement saisi. Cette notion assure une forme de contrôle judiciaire qui s'étend au-delà de l'erreur de droit, comme on l'a comprise jusqu'ici, et elle comporte le risque que l'on substitue l'opinion judiciaire à celle du tribunal que la législature a créé, ou à celle du conseil d'arbitrage ou de l'arbitre choisi par les parties. Il peut, bien sûr, y avoir des cas, rares je croirais, où un conseil d'arbitrage ou un arbitre en relations ouvrières a compris ou conçu de manière tout à fait erronée la tâche qui lui est confiée; en somme, il ne s'est pas attaqué à la question qui devait être tranchée, je veux dire ici la question principale et non pas les considérations subsidiaires ou incidentes. Tel n'est pas le cas en l'espèce. L'arbitre a examiné et tranché, correctement ou non, la question principale, en fait la seule qui lui était soumise, et on ne peut intervenir pour le motif qu'il ne s'est pas attaqué à la bonne question.

A mon avis, permettre à une cour d'aller au-delà de la question à laquelle devait répondre un arbitre choisi par les parties, alors qu'une question précise lui a été soumise, comme en l'espèce, et de conclure qu'une question incidente n'a pas été expressément abordée, comme en l'espèce encore, c'est élargir le pouvoir de révision susceptible d'être exercé dans le cas d'un arbitrage choisi par les parties alors que des jugements de cette Cour l'ont limité. Autrement, il y aurait équivalence avec l'étendue du pouvoir de révision qui peut généralement être exercé dans le cas d'un tribunal créé par la loi. Cela est assujéti, bien sûr, à l'application d'une clause restrictive qui exclut la révision de prétendues erreurs de droit, mais non pas l'excès de compétence dont le cas typique est celui du déni de la justice naturelle: voir *Bradley v. Canadian General Electric Co. Ltd.*¹¹; *L'Alliance des Pro-*

¹¹ [1957] O.R. 316.

¹¹ [1957] O.R. 316.

tions Board of Quebec¹². There are no such issues here.

In my opinion, equally untenable is the suggestion of Chief Justice MacKeigan that the award of a consensual arbitrator under a collective agreement, to whom a specific question of law has been referred, may be impeached if he has given clauses of the collective agreement an interpretation which their language will not reasonably bear. This has been a ground of review, open but cautiously approached, where statutory arbitration is concerned: see *Re Canadian Westinghouse Co. Ltd. and Local 164, Draftsmen's Association of Ontario*¹³. To introduce it into consensual arbitration is to strike at the very foundation of such arbitration when it is concerned with a specific question of law, that is of construction of the collective agreement. It may be different where an ordinary grievance is submitted to consensual arbitration, but even in such cases there has been a reluctance to interfere with the arbitrator's award in so far as it involved interpretation of a collective agreement: see *International Association of Machinists and Aerospace Workers et al. v. Hudson Bay Mining and Smelting Co. Ltd.*¹⁴ This Court has said quite plainly, and has followed English cases to the same effect, that even if the construction put upon the collective agreement be, in the view of a Court, a wrong one, the award must stand: see *Faubert and Watts v. Temagami Mining Co. Ltd.*¹⁵, referring to *F.R. Absalom Limited v. Great Western (London) Garden Village Society, Limited*¹⁶; and see also *N.S.W. Mining Pty. Ltd. v. Hartford Fire Ins. Co.*¹⁷, per Barwick C.J. at pp. 391-392.

I turn, finally, to the passage from the reasons of Lord Cave in the *Kelantan* case, referred to earlier. The passage must be considered in the

¹² [1953] 2 S.C.R. 140.

¹³ [1962] O.R. 17.

¹⁴ [1968] S.C.R. 113.

¹⁵ [1960] S.C.R. 235.

¹⁶ [1933] A.C. 592.

¹⁷ (1972), 46 A.L.J.R. 391.

*fesseurs Catholiques de Montréal c. La Commission des relations du travail du Québec*¹². De telles questions ne se posent pas ici.

A mon avis, est également insoutenable l'énoncé du juge en chef MacKeigan que la sentence d'un arbitre choisi par les parties aux termes d'une convention collective, à qui une question de droit précise a été soumise, peut être attaquée s'il a donné aux clauses de la convention collective une interprétation qui ne se dégage pas normalement du texte. Cela a constitué un moyen de révision, à invoquer toutefois avec circonspection, dans des cas d'arbitrage imposé par la loi: voir *Re Canadian Westinghouse Co. Ltd. and Local 164, Draftsmen's Association of Ontario*¹³. L'introduire dans un arbitrage choisi par les parties c'est attaquer la base même d'un tel arbitrage lorsqu'il porte sur une question de droit précise, c'est-à-dire l'interprétation de la convention collective. La situation peut être différente lorsqu'un grief ordinaire est soumis à l'arbitrage choisi par les parties, mais même dans ce cas, il y a une répugnance à modifier la sentence arbitrale lorsqu'elle met en cause l'interprétation d'une convention collective: voir *International Association of Machinists and Aerospace Workers et al. c. Hudson Bay Mining and Smelting Co. Ltd.*¹⁴ Cette Cour a dit très clairement, et elle a suivi les arrêts anglais au même effet, que même si, de l'avis d'une cour, l'interprétation donnée à une convention collective est fautive, la sentence arbitrale ne doit pas être modifiée: voir *Faubert and Watts c. Temagami Mining Co. Ltd.*¹⁵, où l'on mentionne *F.R. Absalom Limited v. Great Western (London) Garden Village Society, Limited*¹⁶; et voir également *N.S.W. Mining Pty. Ltd. v. Hartford Fire Ins. Co.*¹⁷, les motifs du juge en chef Barwick aux pp. 391 et 392.

J'examine maintenant le passage des motifs de lord Cave rendus dans l'arrêt *Kelantan* mentionné plus tôt. Ce passage doit être étudié à la lumière de

¹² [1953] 2 R.C.S. 140.

¹³ [1962] O.R. 17.

¹⁴ [1968] R.C.S. 113.

¹⁵ [1960] R.C.S. 235.

¹⁶ [1933] A.C. 592.

¹⁷ (1972), 46 A.L.J.R. 391.

light of the common law development of review of arbitration awards, a development which was necessarily adopted by Canadian courts when they were subject to the overriding authority of the Privy Council and, through it, of the House of Lords until appeals to the Privy Council were abolished in late 1949. As Lord Denning noted in his reasons in *Rex v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal, ex p. Shaw*¹⁸, at p. 351, error of law on the face of the award as a ground for challenging the award, for example, by motion to set it aside or by resisting an action upon it, came into the common law through *Kent v. Elstob*¹⁹, which added that ground of attack to corruption or fraud, which had theretofore been the recognized grounds for challenging awards of consensual arbitrators. Error of law on the face of the award was accepted, with regret, as a ground of challenge but held to be established in *Hodgkinson v. Fernie*²⁰, at p. 202 C.B. (N.S.), at p. 717 E.R., per Williams J. This enlarged scope of review was accepted by this Court in *John A. McRae & Co. v. Lemay*²¹, but in that case the award was good on its face and hence was not set aside.

An exception developed, however, to this by the middle of the nineteenth century, as appears from *Doe d. Stimpson v. Emmerson*²², where Wilde C.J. spoke as follows:

The Court has no more authority to review the arbitrator's decision upon a point of law referred to him than upon a point of fact. Whatever may have been formerly the understanding, it is enough to say that in modern times the decisions are distinct and uniform; that if parties choose to refer a matter of law to an arbitrator, his decision upon the matter is final.

The exception was regarded as established in *Re King and Duveen*²³, in the following words of Channell J. (at p. 35):

¹⁸ [1952] 1 K.B. 338.

¹⁹ (1802), 3 East 18, 102 E.R. 502.

²⁰ (1857), 3 C.B. (N.S.) 189; 140 E.R. 712.

²¹ (1889), 18 S.C.R. 280.

²² (1847), 9 L.T. (O.S.) 199.

²³ [1913] 2 K.B. 32.

l'évolution de la *common law* concernant la révision des sentences arbitrales, évolution qu'ont nécessairement suivie les cours canadiennes lorsqu'elles étaient assujetties à l'autorité suprême du Conseil privé et, par le fait même, de la Chambre des lords jusqu'à l'abolition des appels au Conseil privé en 1949. Comme l'a fait remarquer lord Denning dans les motifs qu'il a rendus dans *Rex v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal, ex p. Shaw*¹⁸, à la p. 351, la notion d'erreur de droit qui ressort à la lecture de la sentence arbitrale, comme moyen de contester la sentence arbitrale, par exemple, par requête pour l'écarter ou pour s'opposer à une poursuite qui y donne suite, a été introduite dans la *common law* par *Kent v. Elstob*¹⁹, qui a ajouté ce moyen d'attaque à la corruption et à la fraude qui étaient jusqu'alors les moyens reconnus pour contester les sentences d'arbitres choisis par les parties. L'erreur de droit qui ressort à la lecture de la sentence arbitrale a été acceptée, à regret, comme moyen de contestation mais considérée comme établie dans *Hodgkinson v. Fernie*²⁰, à la p. 202 C.B. (N.S.), et à la p. 717 E.R., motifs du juge Williams. Cette étendue accrue du pouvoir de révision a été reconnue par cette Cour dans *John A. McRae & Co. c. Lemay*²¹, mais la sentence arbitrale en cause était bien fondée à sa lecture et n'a donc pas été écartée.

Cependant, vers le milieu du dix-neuvième siècle une exception s'est dégagée, comme le montre *Doe d. Stimpson v. Emmerson*²², où le juge en chef Wilde a dit:

[TRADUCTION] La Cour n'est pas plus autorisée à réviser la décision de l'arbitre sur une question de droit à lui soumise que sur une question de fait. Quoi qu'on ait pu penser antérieurement, il suffit de dire que les décisions modernes sont distinctes et uniformes; si les parties décident de soumettre une question de droit à un arbitre, sa décision sur cette question est finale.

L'exception a été considérée comme établie dans *Re King and Duveen*²³, dans le passage suivant des motifs du juge Channell (à la p. 35):

¹⁸ [1952] 1 K.B. 338.

¹⁹ (1802), 3 East 18, 102 E.R. 502.

²⁰ (1857), 3 C.B. (N.S.) 189; 140 E.R. 712.

²¹ (1889), 18 R.C.S. 280.

²² (1847), 9 L.T. (O.S.) 199.

²³ [1913] 2 K.B. 32.

It is no doubt a well-established principle of law that if a mistake of law appears on the face of the award of an arbitrator, that makes the award bad, and it can be set aside . . . but it is equally clear that if a specific question of law is submitted to an arbitrator for his decision, and he does decide it, the fact that the decision is erroneous does not make the award bad on its face so as to permit of its being set aside. Otherwise it would be futile ever to submit a question of law to an arbitrator.

The scope of the exception (which, in a sense, was an exception to an exception from the original common law) came to be considered in two judgments of the House of Lords, the *Kelantan* case and the *Absalom* case, which I find difficult to reconcile. Both cases show that there may be an initial difficulty in determining whether a specific question of law has been referred to consensual arbitration. The Law Lords in *Kelantan* differed on the matter, Viscount Cave holding that a specific question of law had been referred, Lord Trevethin holding that there was no such specific reference and Lord Parmoor holding that it was unnecessary to decide the question. In the *Absalom* case, the House of Lords differed from the Court of Appeal which had held that a specific question of construction of a provision of a contract had been specifically referred to arbitration. Cases in Canada which have reached this Court have also exhibited a difference of opinion between the Court appealed from and this Court on whether or not a specific question of law had been referred. In both *Bell Canada v. Office and Professional Employees' International Union, Local 131*²⁴ and *Metropolitan Toronto Police Association v. Metropolitan Toronto Board of Commissioners of Police, supra*, this Court reversed the Ontario Court of Appeal which had held that specific questions of law had been referred to consensual arbitrators, and concluded otherwise, namely, that what was before the arbitrators were grievances which had come up in the ordinary way, and hence the awards were more broadly reviewable than they would otherwise have been.

[TRADUCTION] C'est sans aucun doute un principe de droit bien établi que si une erreur de droit apparaît à la lecture de la sentence arbitrale, cela rend la sentence irrégulière, et elle peut être écartée . . . mais il est également clair que si une question de droit précise est soumise à la décision d'un arbitre et qu'il rend effectivement une décision, le fait que la décision soit erronée ne rend pas la sentence irrégulière à sa lecture de sorte qu'il soit permis de la rejeter. Autrement, soumettre une question de droit à un arbitre serait toujours futile.

L'étendue de l'exception (qui, en un sens, était l'exception d'une exception à la *common law* primitive) a été examinée dans deux jugements de la Chambre des lords, l'arrêt *Kelantan* et l'arrêt *Absalom*, que je trouve difficile à concilier. Les deux arrêts montrent qu'il peut y avoir une première difficulté à déterminer si une question de droit précise a été soumise à l'arbitrage choisi par les parties. Dans l'arrêt *Kelantan*, les lords-juristes différaient d'opinion, le vicomte Cave étant d'avis qu'une question de droit précise avait été soumise, lord Trevethin étant d'avis qu'aucune question précise de ce genre n'avait été soumise et lord Parmoor étant d'avis qu'il n'était pas nécessaire de trancher la question. Dans l'arrêt *Absalom*, la Chambre des lords n'a pas partagé l'opinion de la Cour d'appel qui avait jugé qu'une question précise d'interprétation d'une disposition d'un contrat avait été spécifiquement soumise à l'arbitrage. Au Canada, les causes qui ont été entendues par cette Cour ont également révélé une différence d'opinion entre la cour dont le jugement était porté en appel et cette Cour sur la question de savoir si une question de droit précise avait été soumise. Dans *Bell Canada c. Office and Professional Employees' International Union, Local 131*²⁴ et *Metropolitan Toronto Police Association c. Le Bureau des Commissaires de Police de la Région métropolitaine de Toronto*, précité, cette Cour a infirmé les arrêts de la Cour d'appel de l'Ontario, suivant lesquels des questions de droit précises avaient été soumises à l'arbitre choisi par les parties, et elle est arrivée à une conclusion différente, savoir, que les arbitres étaient saisis de griefs qui avaient suivi leur cours normal et que par conséquent leurs sentences étaient révisables d'une façon plus étendue qu'elles l'auraient été autrement.

²⁴ [1974] S.C.R. 335.

²⁴ [1974] R.C.S. 335.

However difficult it may be at times to determine whether a specific question has or has not been referred, I think it is more likely to be such a question where, as here, a policy question has been put to the arbitrator. Moreover, as Barwick C.J. put it in the *N.S.W. Mining Co.* case, *supra*, it is the nature of the question that determines the matter and that is not altered even if the arbitrator has to find some facts in order to decide it. I am satisfied in this case, as were the Courts below, that the arbitrator was faced with answering a specific question of law.

In the passage from Viscount Cave's reasons in the *Kelantan* case quoted above, and setting out the scope of review of an award on a specific question of law, being a question of construction, the learned Law Lord draws what is to me a perplexing distinction between immunity from review of what the Court would consider an erroneous construction and vulnerability of the award to review if the arbitrator proceeded on erroneous principles of construction or if he made his award by acting on evidence not admissible in law. It seems to me that construction is enveloped in guides thereto—"principles" is to me too strong a word when one considers how wide are the choices of canons of construction—and if the arbitrator is to be the master of his decision on construction he must be given equal leeway in determining his approach to that decision. So it should be also on issues of evidence if there are any facts to be found in order to arrive at a decision on construction. In the present case, it was only Chief Justice MacKeigan of the four judges concerned with reviewability of the award who took objection to the arbitrator's reference to an antecedent settlement of a strike, and I need say no more on this point, even if Viscount Cave's evidence qualification is accepted.

In addition to the views expressed by Viscount Cave in the passage quoted above, he had something further to say on the question of reviewability in a later passage of his reasons, as follows (at p. 411):

Quelque difficile qu'il puisse parfois être de décider si une question précise a été soumise ou non, je crois qu'il est plus vraisemblable que tel est le cas lorsque, comme en l'espèce, une question intéressant l'ensemble des employés a été soumise à l'arbitre. De plus, comme le dit le juge en chef Barwick dans *N.S.W. Mining Co.*, précité, c'est la nature de la question qui fournit la solution et il en est ainsi même si l'arbitre doit tirer certaines conclusions de fait pour en décider. Je suis convaincu en l'espèce, comme l'étaient les cours d'instance inférieure, que l'arbitre devait répondre à une question de droit précise.

Dans l'extrait précité des motifs du vicomte Cave dans l'arrêt *Kelantan* où il expose l'étendue du pouvoir de réviser une sentence arbitrale sur une question précise de droit, savoir une question d'interprétation, le savant lord-juriste établit une distinction que j'estime difficile entre l'impossibilité de réviser ce que la Cour considère comme une interprétation erronée et la possibilité de réviser la sentence si l'arbitre s'est fondé sur des principes d'interprétation erronés ou s'il a rendu sa sentence d'après une preuve irrecevable en droit. Il me semble que l'interprétation baigne dans des normes—«principes» me paraît un mot trop fort lorsqu'on tient compte du grand choix de règles d'interprétation—et, si l'arbitre doit être le maître de sa décision sur l'interprétation, il doit avoir la même liberté quant à sa façon d'arriver à cette décision. Il doit également en être de même sur les questions de preuve s'il faut tirer des conclusions sur des faits pour parvenir à une décision sur l'interprétation. En l'espèce, des quatre juges qui ont étudié le caractère révisable de la sentence arbitrale, seul le juge en chef MacKeigan s'est opposé à la référence de l'arbitre au règlement antérieur d'une grève et il n'est pas nécessaire que j'ajoute quoi que ce soit sur ce point, même si la réserve formulée par le vicomte Cave quant à la preuve est retenue.

En plus de ses opinions exprimées dans le passage précité, le vicomte Cave avait quelque chose à ajouter sur la question du caractère révisable, plus loin dans ses motifs, (à la p. 411):

I come therefore to the conclusion that the award in the present case cannot be set aside only because the arbitrator may be thought to have been mistaken in his construction of the Deed of Cancellation, but only if it appears on the face of the award that he has proceeded on evidence which was inadmissible or on wrong principles of construction, or has otherwise been guilty of some error in law.

This passage appears to extend review beyond what was said in the first passage previously quoted. I refer to the words above-quoted "or has otherwise been guilty of some error in law". If this is the rule, where is the difference between review of statutory arbitration and of consensual arbitration, either of a general issue or of one concerning a specific question of law? Small wonder then that Starke J. of the High Court of Australia observed in *Melbourne Harbour Trust Commissioners v. Hancock*²⁵, at p. 251:

And what, may I ask, is covered by the words "otherwise been guilty of some error in law"? Some day, no doubt, the passage will be elucidated, but a decision can be reached in this case without endeavouring to expound the qualification . . .

The fact is, moreover, that Viscount Cave's opinions in the passages that I have quoted did not carry the majority of the House of Lords. Only Lord Shaw or Dunfermline agreed with him. Lord Sumner agreed in the disposition only. Although the Court was unanimous in the result, Lord Parmoor was content to view the matter either as relating to a specific question of law or not, and Lord Trevethin said that a general question was referred. All agreed that there was no error of law on the face of the award. I find it difficult, moreover, to square Viscount Cave's position with his approval of the passage from the reasons of Channell J. in *Re King and Duveen, supra*, which I have quoted above, a passage also quoted with approval by Lord Parmoor when he was discussing reviewability of an award where a specific question of law had been referred.

²⁵ (1927), 33 A.L.R. 245.

[TRADUCTION] J'arrive donc à la conclusion qu'en l'espèce, la sentence arbitrale ne peut pas être écartée seulement parce qu'on peut croire que l'arbitre a commis une erreur en interprétant le contrat de résiliation, mais seulement s'il appert à la lecture de la sentence arbitrale qu'il s'est fondé sur une preuve irrecevable ou sur des principes d'interprétation erronés ou s'il a autrement commis quelque erreur en droit.

Ce passage paraît étendre le pouvoir de révision au-delà de ce que disait le premier passage cité précédemment. Je renvoie aux mots susmentionnés «ou s'il a autrement commis quelque erreur en droit». Si telle est la règle, où se situe la différence entre la révision d'un arbitrage imposé par la loi et d'un arbitrage choisi par les parties, soit sur une question générale ou sur une question de droit précise? Il n'est donc pas étonnant que le juge Starke de la Haute Cour d'Australie ait fait observer dans *Melbourne Harbour Trust Commissioners v. Hancock*²⁵, à la p. 251:

[TRADUCTION] Et, puis-je me demander, que signifient les mots «a autrement commis quelque erreur en droit»? Un jour, sans doute, le passage sera élucidé, mais on peut décider l'espèce présente sans entreprendre l'application de l'atténuation . . .

De plus, le fait est que les opinions du vicomte Cave dans les passages susmentionnés ne représentent pas celles de la majorité de la Chambre des lords. Seul lord Shaw of Dunfermline a souscrit à son avis. Lord Sumner a souscrit seulement au jugement. Bien que la Cour ait été unanime quant au résultat, lord Parmoor s'est contenté d'envisager l'affaire sous l'angle d'une question de droit précise ou non et lord Trevethin a dit qu'il s'agissait d'une question générale. Tous étaient d'avis qu'il n'y avait pas d'erreur de droit à la lecture de la sentence arbitrale. De plus, il m'est difficile de concilier la position du vicomte Cave avec l'accord qu'il a donné au passage des motifs du juge Channell dans *Re King and Duveen* que j'ai cité plus haut, passage que lord Parmoor a également cité en y donnant son accord alors qu'il analysait le caractère révisable d'une sentence arbitrale lorsqu'une question de droit précise a été soumise.

²⁵ (1927), 33 A.L.R. 245.

Ten years after the *Kelantan* case, the House of Lords decided *F.R. Absalom Ltd. v. Great Western (London) Garden Village Society Ltd.*, *supra*. There it was of the view, as I have already indicated, that there was not a reference of a specific question of law. There was a majority opinion in that case, delivered by Lord Russell of Killowen. Separate reasons were delivered by Lord Warrington of Clyffe and by Lord Wright, and the former agreed also both with Lord Russell of Killowen and Lord Wright. In his own reasons he stated the distinction between the two types of consensual arbitration and then, referring to the *Kelantan* case, he said (at p. 602) that "I think it is clear that this case decides that, in order to come within the rule that a decision of an arbitrator on a point of law is final, it must be shown that the point is specifically referred".

Lord Russell of Killowen, in stating the distinction, says at p. 607 that where a specific question of law is referred "no . . . interference is possible upon the ground that it so appears that the decision upon the question of law is an erroneous one". In mentioning a series of cases in which the distinction is made, including the *Kelantan* case, *Re King and Duveen* and the Privy Council's judgment in *Attorney-General for Manitoba v. Kelly*²⁶ which, at p. 283, finds the position as it was stated in *Re King and Duveen*, he does refer to Viscount Cave's statement of permissible interference where the arbitrator has proceeded illegally (*e.g.* on inadmissible evidence) but without making any particular point of it. Similarly, he refers to Lord Parmoor's acceptance of the distinction and to Lord Trevethin's as well quoting the latter as saying that on a submission of a specific question of law, the decision cannot be questioned though the law be bad on the face of the award. Lord Wright, in his concurring reasons, in distinguishing between a reference of what he called "the whole question" and a reference of a specific question of law, referred in the latter connection to the *Kelantan* case and quoted Viscount Cave (saying, wrongly in my view, that his opinion was that of the majority) to the following limited

²⁶ [1922] 1 A.C. 268.

Dix ans après l'arrêt *Kelantan*, la Chambre des lords a rendu l'arrêt *F.R. Absalom Ltd. v. Great Western (London) Garden Village Society Ltd.*, précité. Comme je l'ai déjà dit, dans cette affaire-là, elle était d'avis qu'aucune question de droit précise n'avait été soumise. Lord Russell of Killowen a rendu l'opinion majoritaire. Des motifs distincts ont été également rédigés par Lord Wright et lord Warrington of Clyffe et ce dernier a aussi souscrit à l'opinion de lord Russell of Killowen et de lord Wright. Dans ses propres motifs, il fait la distinction entre les deux types d'arbitrage choisi par les parties, puis, se référant à l'arrêt *Kelantan*, il dit (à la p. 602) que [TRADUCTION] «il est clair, je crois, que cet arrêt décide que pour appliquer la règle que la décision d'un arbitre sur une question de droit est finale, il faut établir que la question a été spécialement soumise».

En énonçant la distinction, lord Russell of Killowen dit à la p. 607 que lorsqu'une question de droit précise est soumise [TRADUCTION] « . . . on ne peut pas intervenir au motif que la décision sur la question de droit paraît erronée ». En mentionnant une série de décisions où la distinction est faite, y compris l'arrêt *Kelantan*, *Re King and Duveen* et l'arrêt du Conseil privé dans *Attorney-General for Manitoba v. Kelly*²⁶ qui, à la p. 283, retient la position telle qu'elle a été énoncée dans *Re King and Duveen*, il se réfère effectivement à la déclaration du vicomte Cave sur la possibilité d'intervenir lorsque l'arbitre a agi illégalement (par ex. sur une preuve irrecevable) mais sans en tirer aucune conclusion. De même, il mentionne la reconnaissance de la distinction par lord Parmoor de même que celle de lord Trevethin et il cite ce dernier qui dit que lorsqu'une question de droit précise est soumise, on ne peut contester la décision bien qu'à la lecture de la sentence il y ait une erreur de droit. Lord Wright, dans ses motifs concordants, en faisant la distinction entre la présentation de ce qu'il a appelé [TRADUCTION] «une question globale» et la présentation d'une question de droit précise, a mentionné, relativement à cette dernière, l'arrêt *Kelantan* et a cité le vicomte Cave (disant, à tort à mon avis, que son opinion était celle de la majori-

²⁶ [1922] 1 A.C. 268.

extent, being only the first part of the passage on p. 409, *supra*, as follows:

But where a question of construction is the very thing referred for arbitration, then the decision of the arbitrator upon that point cannot be set aside by the Court only because the Court would itself have to come to a different conclusion.

Lord Wright did not include the grounds of interference stated by Lord Cave in respect of an award on a reference of a specific question of law.

When this Court came to consider the reviewability of awards of consensual arbitrators in the *Faubert and Watts* case, *supra*, Chief Justice Kerwin, for the Court, adverted to the distinction in the nature of the submission to arbitration, as above-mentioned, and relied on what was said in the *Absalom* case on the reviewability of awards under a reference of a specific question of law, namely, that in such a case there can be no interference by the Courts with an award on the ground of an error of law on the face of the award. There was no mention of the *Kelantan* case, but I am bound to say that it may have been because this Court was concerned with an award on a whole question and not with an award on a reference of a specific question of law. *City of Vancouver v. Brandram-Henderson of B.C. Ltd.*²⁷, heard a few days after this Court's decision in the *Faubert and Watts* case and by the same Bench, likewise did not involve review of an award on a specific question of law (it related to proper indemnity for damage to certain property), and Locke J.'s reference there to Viscount Cave's words, in speaking also for three other members of this Court, was made without any reference to the distinction in the types of consensual arbitration.

In the *Bell Canada* case, *supra*, the majority of the Court held that the issue before the arbitrator concerned a grievance which came up in the ordinary way and hence the award was reviewable for error of law on its face, in this case in a misinterpretation by the arbitrator of his powers under the

²⁷ [1960] S.C.R. 539.

rité) dans le bref extrait qui suit, qui n'est que la première partie de l'extrait précité de la p. 409:

[TRADUCTION] Mais lorsqu'une question d'interprétation est la chose même qui est soumise à l'arbitrage, alors la Cour ne peut infirmer la décision de l'arbitre sur ce point pour le simple motif que la Cour aurait elle-même tiré une conclusion différente.

Lord Wright n'a pas inclus les motifs d'intervention énoncés par lord Cave au sujet d'une sentence arbitrale rendue sur une question de droit précise.

Lorsque cette Cour a examiné le caractère révisable des sentences d'arbitres choisis par les parties dans l'arrêt *Faubert and Watts*, précité, le juge en chef Kerwin, parlant au nom de la Cour, a fait la distinction d'après la nature de la question présentée à l'arbitrage, tel que susmentionné, et s'est appuyé sur ce qui a été dit dans l'arrêt *Absalom* sur le caractère révisable des sentences arbitrales dans le cas d'une question de droit précise, savoir, que dans un tel cas les cours ne peuvent modifier une sentence arbitrale au motif qu'une erreur de droit apparaît à sa lecture. On n'a pas mentionné l'arrêt *Kelantan*, mais je dois dire que c'est peut-être parce que cette Cour examinait une sentence portant sur une question globale et non une sentence portant sur une question de droit précise. L'affaire *Ville de Vancouver c. Brandram-Henderson of B.C. Ltd.*²⁷, entendue par le même banc quelques jours après que cette Cour eut rendu sa décision dans l'arrêt *Faubert and Watts*, ne portait pas non plus sur la révision d'une sentence rendue sur une question de droit précise (elle concernait l'indemnité à accorder pour des dommages causés à certains biens), et parlant pour trois autres membres de cette Cour, le juge Locke a repris les paroles du vicomte Cave sans aucune référence à la distinction quant au type d'arbitrage choisi par les parties.

Dans l'arrêt *Bell Canada*, précité, la majorité de la Cour a jugé que la question soumise à l'arbitre concernait un grief qui avait suivi son cours normal et donc que la sentence était révisable pour erreur de droit à sa lecture, en l'espèce, une mauvaise interprétation par l'arbitre des pouvoirs qu'il

²⁷ [1960] R.C.S. 539.

collective agreement. The Court did not have to inquire into the scope of review where a specific question of law was referred. So too in this Court's majority judgment in the *Metropolitan Toronto Police Association* case. Martland J., speaking for the majority, referred to Viscount Cave's words on reviewability where a specific question of construction is submitted to arbitration and, although on his view of the case before him there was no submission of a specific question of law so that he did not have to consider those words, he did say, in a statement which was *obiter*, that he would not be prepared to hold that the Court of Appeal of Ontario (which had characterized the submission as one of a specific question of law) erred in applying Viscount Cave's principles of review.

Both *Russell on Arbitration* (18th ed. 1970) at pp. 359-60, and 2 *Halsbury* (4th ed. 1973), at p. 60, accept Viscount Cave's views on reviewability of consensual award on a reference of a specific question of law. There is no discussion of the matter in *Russell* and I find puzzling the opening statement of the paragraph where the matter is mentioned, puzzling because it is immediately followed by a quotation of Viscount Cave's qualifications. The opening statement reads as follows:

The rule that an error of law, if it appears on the face of the award, is a ground for remitting it or setting it aside, is an exception to the general rule that an award is final as to both fact and law, and will not be applied where the parties have specifically referred a question of law to arbitration.

Then come the words: "In such cases an award will stand, notwithstanding that it is erroneous, unless" and Viscount Cave is quoted. The facts of three cases are given in the material that follows, all dealing with references of specific questions of law and in each case there is the unqualified assertion that there could be no interference with the award because of error of law on its face. The three cases are also included in the treatment of the matter in 2 *Halsbury*, *supra*, and they are, respectively *Hitchens v. British Coal Refining*

détenait en vertu de la convention collective. La Cour n'avait pas à examiner l'étendue du pouvoir de révision lorsqu'une question de droit précise est soumise. Il en est de même dans le jugement majoritaire de cette Cour dans l'arrêt *Metropolitan Toronto Police Association*. Le juge Martland, parlant au nom de la majorité, a mentionné les paroles du vicomte Cave sur le caractère révisable lorsqu'une question précise d'interprétation est soumise à l'arbitre et, bien qu'à son avis, dans cette affaire-là, aucune question de droit précise n'avait été soumise de sorte qu'il n'avait pas à examiner ces paroles, il a effectivement dit, en *obiter*, qu'il ne serait pas prêt à conclure que la Cour d'appel de l'Ontario (qui avait dit qu'il s'agissait d'une question de droit précise) avait commis une erreur en appliquant les principes de révision énoncés par le vicomte Cave.

Russell on Arbitration (18^e éd. 1970) aux pp. 359 et 360 et 2 *Halsbury* (4^e éd. 1973), à la p. 60 acceptent les opinions du vicomte Cave sur le caractère révisable de la sentence d'un arbitre choisi par les parties dans le cas d'une question de droit précise. Ce point n'est pas analysé dans *Russell* et je trouve curieux le début du paragraphe où l'affaire est mentionnée, curieux parce qu'il est immédiatement suivi de la citation des réserves du vicomte Cave. Voici le début de l'alinéa:

[TRADUCTION] La règle qu'une erreur de droit, si elle ressort à la lecture de la sentence, est un motif pour renvoyer ou écarter la sentence est une exception à la règle générale qu'une sentence est finale quant aux faits et quant au droit et qu'elle ne sera pas appliquée lorsque les parties ont spécialement soumis une question de droit à l'arbitrage.

Après cela, on lit: [TRADUCTION] «En pareils cas une sentence sera maintenue bien qu'elle soit erronée, à moins que» et là vient le texte de l'énoncé du vicomte Cave. On expose ensuite les faits de trois causes qui portent toutes sur le renvoi de questions de droit précises et dans chaque cas il y a une affirmation sans réserve que la sentence ne peut être modifiée en raison d'une erreur de droit qui apparaît à sa lecture. On retrouve ces trois causes dans l'analyse du point à 2 *Halsbury*, précité; ce sont respectivement, *Hitchens v. British*

*Processes, Ltd.*²⁸, *Re King and Duveen*, from which I have already quoted earlier in these reasons, and *Taylor v. Barnett*²⁹ (holding it to be "misconduct" to make an award enforcing an illegal contract, an obvious limitation). Two other cases are mentioned in *Russell*, namely, *Darlington Wagon Co., Ltd. v. Harding*³⁰, which concerned a general reference to consensual arbitration and the award was nonetheless held to be unreviewable, and *Barton v. Blackburn*³¹, where the English Court of Appeal was divided on whether there was a reference of a specific question of law (the majority said there was not) but it preferred to follow and apply the *Absalom* case rather than the *Kelantan* case although Viscount Cave's words were urged upon it.

It seems to me that Viscount Cave's views have been politely laid to one side in the English cases in favour of the views expressed in the later *Absalom* case, and repetition of them in the two texts above-mentioned is not supported by the cited authorities. I have already indicated my own view, which I risk repeating, that to adopt Viscount Cave is to eliminate any telling distinction between review of an award on a reference of a general question or issue and review of an award on a specific question of law. Certainly, in the field of labour-management arbitration, which is an ongoing process and not the episodic process under which the common law rules of review have developed, there is a good case for affirming a hands-off policy by the Courts on awards of consensual arbitrators, subject to bias or fraud or want of natural justice and, of course, to jurisdiction in the strict sense and not to the enlarged sense which makes it indistinguishable from questions of law. At least this should be so where specific questions of law are referred. In other cases of a reference to consensual arbitration, the approach to review ought also to be marked by caution in the light of the fact that the parties to a collective agreement have thereby established their own legislative framework for the regulation of the work force engaged in the enterprise, have designated their

*Coal Refining Processes, Ltd.*²⁸, *Re King and Duveen*, dont j'ai déjà cité un extrait, et *Taylor v. Barnett*²⁹ (qui statue que c'est une «faute» de prononcer une sentence qui déclare exécutoire un contrat illégal, une restriction évidente). Deux autres affaires sont mentionnées dans *Russell*, savoir *Darlington Wagon Co. Ltd. v. Harding*³⁰, qui concernait un renvoi général à l'arbitrage convenu par les parties et où la sentence a néanmoins été jugée non révisable, et *Barton v. Blackburn*³¹, où la Cour d'appel d'Angleterre était divisée sur la question de savoir s'il y avait renvoi d'une question de droit précise (la majorité ne le croyait pas) mais elle a préféré suivre et appliquer l'arrêt *Absalom* plutôt que l'arrêt *Kelantan* bien qu'on ait invoqué devant elle les paroles du vicomte Cave.

Il me semble que les arrêts anglais ont poliment mis à l'écart les opinions du vicomte Cave et y ont préféré les opinions exprimées dans l'arrêt subséquent *Absalom*, et leur répétition dans les deux textes susmentionnés n'est pas appuyée par la jurisprudence citée. J'ai déjà indiqué ma propre opinion, que je me permets de répéter, que si l'on adopte les opinions du vicomte Cave on élimine toute distinction marquée entre la révision d'une sentence rendue sur le renvoi d'une question ou d'une controverse générale et la révision d'une sentence rendue sur une question de droit précise. Certainement, le domaine de l'arbitrage patronal-syndical, qui est un mécanisme en évolution constante et non épisodique comme celui sous lequel les règles de révision de la *common law* ont été élaborées, offre une bonne tribune pour proclamer une politique de non-intervention des cours dans les sentences d'arbitres choisis par les parties, sauf dans les cas de partialité, de fraude ou de manquement à la justice naturelle et, bien sûr, d'excès de compétence au sens strict de ce mot et non dans un sens large qui le rend indiscernable des questions de droit. Du moins, il devrait en être ainsi lorsqu'il y a renvoi de questions de droit précises. Dans les autres cas de renvoi à l'arbitrage choisi par les parties, il faut également envisager la révision avec prudence, compte tenu du fait que les parties à une

²⁸ [1936] 2 All E.R. 191

²⁹ [1953] 1 All E.R. 843.

³⁰ [1891] 1 Q.B. 245.

³¹ (1934), 150 L.T. 327.

²⁸ [1936] 2 All E.R. 191.

²⁹ [1953] 1 All E.R. 843.

³⁰ [1891] 1 Q.B. 245.

³¹ (1934), 150 L.T. 327.

own executive and administrative officers to apply the agreement on an ongoing basis and have provided for their own enforcement machinery to resolve and, if need be, to effect a final and binding settlement of all differences arising under the terms of the agreement.

This Court is not, of course, bound by the *Kelantan* case but, in any event, I do not think that Viscount Cave's observations, which have been canvassed in these reasons, should be followed by this Court. They are much too broad in respect of an award on a reference of a specific question of law, and I much prefer the more restrained view expressed in *Re King and Duveen, supra*, and in the *Absalom* case, *supra*. Of course, the present case involves none of the points of vulnerability of an award to review that Viscount Cave advanced, but I felt it to be important to canvass the matter because Courts below have been wont to rely on them.

In the result, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Nova Scotia Court of Appeal and restore the judgment of MacIntosh J. dismissing the respondent's application to set aside the award. The appellant is entitled to costs throughout.

The reasons of Pigeon, Beetz and Pratte JJ. in which Martland and Ritchie JJ. also concurred were delivered by

PIGEON J.—Following expiry on March 30, 1974 of the Collective Agreement between the parties, the employees were on a lawful strike between June 21 and September 16, 1974. The strike ended when a new collective agreement was made retroactive to March 31, 1974. In this agreement, provisions for paid holidays make reference to accumulated seniority, in particular article 19.05 reads:

19.05 In no case shall the number of consecutively paid holidays (Christmas Holiday Period) exceed the number of full months of accumulated seniority attained on the day prior to commencement of said consecutively occurring holidays.

convention collective ont établi aux termes de celle-ci leur propre cadre législatif pour régir la main-d'œuvre au service de l'entreprise, ont nommé leurs propres dirigeants et fonctionnaires administratifs pour appliquer la convention sur une base courante et ont prévu leurs propres mécanismes d'exécution pour trancher tous les différends portant sur la convention et, au besoin, arriver à un règlement final et exécutoire.

Bien sûr, cette Cour n'est pas liée par l'arrêt *Kelantan* mais, de toute façon, je ne crois pas qu'elle doit appliquer les remarques du vicomte Cave que j'ai examinées dans ces motifs. Elles sont trop générales en ce qui concerne une sentence rendue sur le renvoi d'une question de droit précise et je préfère de beaucoup les opinions plus tempérées exprimées dans *Re King and Duveen*, précité, et dans l'arrêt *Absalom*, précité. Bien sûr, la présente affaire ne comporte aucun des traits d'assujettissement d'une sentence à la révision mis de l'avant par le vicomte Cave, mais j'ai cru important d'examiner la question parce que les cours d'instance inférieure ont l'habitude de s'y appuyer.

Finalement, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse et de rétablir le jugement du juge MacIntosh qui rejetait la demande d'annulation de la sentence présentée par l'intimé. L'appelante a droit à ses dépens dans toutes les cours.

Version française du jugement des juges Pigeon, Beetz et Pratte auquel ont souscrit les juges Martland et Ritchie) rendue par

LE JUGE PIGEON—Suite à l'expiration le 30 mars 1974 de la convention collective intervenue entre les parties, les employés ont été en grève légale du 21 juin au 16 septembre 1974. La grève s'est terminée lorsqu'une nouvelle convention collective a été signée avec effet rétroactif au 31 mars 1974. Dans cette convention, les dispositions concernant les jours fériés payés se réfèrent à l'ancienneté, en particulier l'article 19.05 stipule:

[TRADUCTION] 19.05 En aucun cas le nombre de jours fériés consécutifs payés (période de Noël) ne doit dépasser le nombre de mois complets d'ancienneté accumulée le jour qui précède le commencement desdits jours fériés consécutifs.

The Company took the position that seniority did not accumulate during the strike with regard to holiday pay. The matter was submitted to arbitration before Judge G. Hughes Randall as Sole Arbitrator appointed by mutual consent of both parties under the provisions of the agreement which include the following:

ARTICLE 6—GRIEVANCE PROCEDURE

6.01 A grievance is any disagreement arising out of this agreement or its application or interpretation, including any disciplinary action or discharge. Both parties agree that grievances should be submitted and dealt with as promptly as possible and during working hours.

6.05 **THIRD STAGE:** If the answer of the Production Superintendent is not satisfactory or if no written answer is forthcoming within the time stipulated above, the grievance shall be submitted to the Plant Manager by the Union Plant Committee. The Plant Manager shall answer in writing to the Chairman of the Union Plant Committee within ten (10) working days following submission of the grievance.

6.06 If the answer of the Plant Manager is not satisfactory or if the written answer is not forthcoming within the time stipulated above, the grievance may be submitted within a further ten (10) working days, to an arbitrator chosen by mutual consent of the parties hereto. Unless there is agreement on the choice of the arbitrator within the following five (5) working days, the arbitrator shall be designated by the Minister of Labour of the Province of Nova Scotia. Alternatively, the parties hereto may agree, at any time during the term of this agreement, to appoint an arbitrator chosen by mutual consent to serve as arbitrator for any and all grievances arising out of this agreement during the balance of the term of this agreement.

6.07 The Company may submit a grievance to the Union and the Union may submit a grievance to the Company. Such grievances will be of a general policy nature and will be submitted directly to the third step of the grievance procedure. Failing agreement, the grievance will be subject to the arbitration procedure herein provided.

6.11 In the case of a grievance related to the application of seniority provisions or related to disciplinary action or discharge, the burden of proof rests with the Company.

La compagnie était d'avis qu'en ce qui a trait aux jours fériés payés, on ne pouvait pendant la grève accumuler de l'ancienneté. L'affaire a été soumise à l'arbitrage devant le juge G. Hughes Randall, agissant comme arbitre unique nommé par consentement mutuel des deux parties aux termes des dispositions de la convention qui comprennent les suivantes:

[TRADUCTION] ARTICLE 6—PROCÉDURE DE GRIEF

6.01 Un grief est un désaccord qui découle de la présente convention, son application ou son interprétation, y compris une mesure disciplinaire ou un congédiement. Les deux parties conviennent que les griefs doivent être présentés et réglés le plus rapidement possible et pendant les heures de travail.

6.05 **TROISIÈME ÉTAPE:** Si la réponse du surintendant à la production n'est pas satisfaisante ou si aucune réponse écrite n'est donnée dans le délai stipulé plus haut, le grief doit être présenté au directeur d'usine par le comité d'entreprise du syndicat. Le directeur d'usine doit répondre par écrit au président du comité d'entreprise du syndicat dans les dix jours (10) ouvrables suivant la présentation du grief.

6.06 Si la réponse du directeur d'usine n'est pas satisfaisante ou si la réponse écrite n'est pas donnée dans le délai stipulé plus haut, le grief peut être présenté dans les dix (10) jours ouvrables suivants, à un arbitre choisi par consentement mutuel des parties à la présente convention. A moins que les parties ne s'entendent sur le choix de l'arbitre dans les cinq (5) jours ouvrables suivants, l'arbitre sera nommé par le ministre du Travail de la province de la Nouvelle-Écosse. Subsidiairement, les parties peuvent accepter, en tout temps pendant la durée de la présente convention, de nommer un arbitre choisi par consentement mutuel pour agir comme arbitre pour un ou tous les griefs découlant de la présente convention pour le reste de sa durée.

6.07 La compagnie peut présenter un grief au syndicat et le syndicat peut présenter un grief à la compagnie. Ces griefs collectifs seront présentés directement au troisième palier de la procédure de grief. A défaut d'entente, le grief sera assujéti à la procédure d'arbitrage prévue à la présente convention.

6.11 Dans le cas d'un grief concernant l'application des dispositions sur l'ancienneté, une mesure disciplinaire ou un congédiement, la compagnie a le fardeau de la preuve.

6.14 The arbitrator shall not have any jurisdiction to alter or change this agreement, to decide on issues not mentioned in the written grievance or to render a decision inconsistent with the terms and provisions hereof.

Although on the motion by the Union to set aside the award, the Company put in an affidavit of its solicitor stating his "opinion and belief that the issues (sic) submitted to the arbitrator was a specific question of interpretation or construction of the Collective Agreement", neither party provided the Court with a copy of the actual submission, that is, the policy grievance submitted by the Union to the Company and it is unfortunately not reproduced in the award. However, at the outset, the arbitrator recited that the parties, before the hearing commenced, had agreed among other things:

- (b) That as Sole Arbitrator I was properly constituted as the Impartial umpire in accordance with the terms of the Collective Agreement.
- (c) That I had jurisdiction and that this was a policy grievance under Article 6.07.

Later on, the Arbitrator stated the issue as follows:

The issue in this arbitration is whether or not employees accumulate seniority during the period of the strike or not, thereby entitling them to paid holidays under Article 19.04 and .05 and benefits under the SUB Plan.

In fact the arbitration dealt only with the entitlement to paid holidays because on the following page, we read:

Although the Company was prepared to waive Article 23.03 the Union were not, and therefore my decision in no way affects the SUB Plan.

The provisions of the collective agreement dealing with seniority which were relevant to the issue before the Arbitrator include the following:

9.01 For the purpose of this agreement and unless otherwise stipulated herein, "seniority" means the length of service in the bargaining unit.

9.04 Whenever an employee with acquired seniority rights is away from work on a leave of absence or

6.14 L'arbitre n'a pas compétence pour modifier ou changer la présente convention, pour se prononcer sur des questions non mentionnées dans le grief écrit ou pour rendre une décision incompatible avec les termes et les dispositions de la présente convention.

Bien que sur la requête du syndicat en vue de faire annuler la sentence, la compagnie ait produit un affidavit de son avocat exposant son [TRADUCTION] "opinion et conviction que la question soumise à l'arbitre était une question précise d'interprétation de la convention collective", ni l'une ni l'autre des parties n'a fourni à la Cour une copie de la question ainsi soumise, c'est-à-dire le grief collectif présenté par le syndicat à la compagnie, et il n'est malheureusement pas reproduit dans la sentence. Cependant, au début, l'arbitre a dit qu'avant l'audition, les parties ont convenu entre autres:

- [TRADUCTION] b) qu'à titre d'arbitre unique j'ai été régulièrement nommé comme arbitre impartial conformément aux dispositions de la convention collective.
- c) que j'ai compétence et qu'il s'agit d'un grief collectif aux termes de l'article 6.07.

Plus loin, l'arbitre a énoncé la question comme suit:

[TRADUCTION] Dans cet arbitrage il s'agit de savoir si les employés accumulent de l'ancienneté pendant la grève de manière à avoir droit aux jours fériés payés aux termes des articles 19.04 et .05 et aux bénéfices en vertu du plan PSAC.

En fait l'arbitrage ne concerne que le droit aux jours fériés payés parce qu'à la page suivante on lit:

[TRADUCTION] La compagnie était prête à renoncer à l'article 23.03 mais le syndicat ne l'était pas et ma décision ne touche donc aucunement au plan PSAC.

Parmi les dispositions de la convention collective concernant l'ancienneté qui étaient pertinentes à la question soumise à l'arbitre on trouve les suivantes:

[TRADUCTION] 9.01 Aux fins de la présente convention et sauf disposition contraire, "ancienneté" signifie la durée du service dans l'unité de négociation.

9.04 Lorsqu'un employé qui a acquis des droits d'ancienneté s'absente du travail suite à un congé autorisé,

because of a disciplinary suspension or illness or injury or any other justifiable reason, his seniority shall accumulate during such absence, unless otherwise stipulated within the present agreement.

9.05 Whenever an employee is laid off, his seniority continues to accumulate during such period of time that his name appears on the recall list.

25.03 For the purposes of this agreement, the word "service" includes any period of time during which an employee accumulates seniority as well as any period of employment with the Company in any capacity whatsoever.

The Arbitrator heard evidence from both sides including evidence of past practice and of what had occurred after a previous strike. In this respect he said in his award:

Mr. Merrick (Solicitor for the Company) has placed great relevance to the back-to-work agreement in 1969, being part of the Collective Agreement negotiated at that time. In 1974 no such agreement was entered into between the parties. In 1969 it was agreed that for the period of the strike all employees would be considered laid off during the strike, thereby specifically bringing all employees within Article 9.05 and seniority would continue for that period. I find that I also place the same relevance to this fact.

The Arbitrator upheld the Company's decision, the essential part of his reasons being:

The whole issue, in my opinion, involved the meaning to be given to the word 'service'. The word 'service' in relation to this Agreement means time spent on the job for which an employee is receiving pay from his employer while being a member of the bargaining unit. Therefore, unless an employee is working, he does not gain seniority unless he comes within the situations in the Agreement which extend seniority, such as Articles 9.04, 9.05 and 9.06.

In the Nova Scotia Supreme Court, Trial Division, the Union's motion to set aside the award was dismissed by A. M. MacIntosh J. In the Appeal Division, MacKeigan C.J. held that the arbitration award was invalid. He said in part:

I respectfully suggest that the key and only question that needs to be answered is: Does absence from work on a legal strike constitute an "other justifiable reason"

une suspension disciplinaire, une maladie ou une blessure ou pour une autre raison valable, il accumule de l'ancienneté pendant cette absence à moins d'une stipulation au contraire dans la présente convention.

9.05 Lorsqu'un employé est mis à pied, il continue d'accumuler son ancienneté tant que son nom figure sur la liste de rappel.

25.03 Aux fins de la présente convention, le mot "service" comprend toute période pendant laquelle un employé accumule de l'ancienneté et toute période d'emploi auprès de la compagnie à quelque titre que ce soit.

L'arbitre a entendu la preuve des deux parties, y compris la preuve de l'usage et de ce qui s'était produit après une grève antérieure. A cet égard, il a dit dans sa sentence:

[TRADUCTION] M^e Merrick (le procureur de la compagnie) a accordé beaucoup d'importance à l'accord de retour au travail en 1969, qui faisait partie de la convention collective négociée à cette époque. En 1974, aucun accord du genre n'a été signé entre les parties. En 1969, il a été convenu que tous les employés seraient considérés comme mis à pied pour la durée de la grève, de sorte que tous les employés étaient alors visés par l'article 9.05 et accumulaient de l'ancienneté pendant cette période. J'accorde également la même importance à ce fait.

L'arbitre a maintenu la décision de la compagnie. Voici l'essentiel de ses motifs:

[TRADUCTION] À mon avis, toute la question porte sur le sens à donner au mot "service". Dans cette convention il signifie le temps passé au travail pour lequel un employé reçoit un salaire de son employeur alors qu'il est membre de l'unité de négociation. Donc, si un employé ne travaille pas, il n'acquiert pas d'ancienneté à moins qu'il ne se trouve dans une des situations prévues à la convention qui prolongent l'ancienneté, tels les articles 9.04, 9.05 et 9.06.

Le juge A. M. MacIntosh de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division de première instance, a rejeté la requête du syndicat qui visait à faire annuler la sentence, mais le juge en chef MacKeigan de la Division d'appel a conclu à l'invalidité de la sentence arbitrale. Il a dit en partie:

[TRADUCTION] Je suis respectueusement d'avis que l'unique question à laquelle il faut répondre est: l'absence du travail au cours d'une grève légale est-elle une

within the meaning of article 9.04? The learned arbitrator unfortunately did not answer or attempt to answer this question. He instead answered a "wrong question" and also permitted himself to be influenced by extrinsic evidence which was wrongly admitted.

The question has not been argued, and we need not decide, whether "accrued benefits" mean only benefits of a pension nature or include other fringe benefits accrued during a lawful strike, such as the seniority accumulation in issue in the present case. That question would accurately arise here if a collective agreement had not been made after the strike and had not been made retroactive to cover the hiatus between the expiry of the old agreement and the signing of the new one.

Where, as here, that hiatus or intervening period disappears because of the full retroactivity of the new agreement, all rights or benefits under that agreement, including fringe benefits such as the accumulation of seniority rights, must *prima facie* continue to have accrued during that retroactive period. Specific language would be required now to divest an employee of any such right merely because he participated in a lawful strike. In such circumstances, being in a lawful strike must be a "justifiable reason" for being absent from work.

Coffin J.A. agreed with MacKeigan C.J. that absence from work on a legal strike constituted "other justifiable reason", he did not agree that the Arbitrator had erred in admitting evidence of the 1969 agreement. He agreed with Cooper J.A. that the trial judge was correct in holding that there was enough ambiguity to justify the reception of such evidence. In my view, this conclusion is unchallengeable and this leaves only two questions on this appeal:

1) The proper construction of the agreement or as MacKeigan C.J. preferred to put it, the correct question;

2) Whether any interference with the award is precluded because as MacIntosh J. and Cooper J.A. held, "the parties have referred a specific question of law to the Arbitrator".

Taking the second question first, it appears to me that the proper rule was stated by Judson J. speaking for the majority in *Bell Canada v. Office*

«autre raison valable» au sens de l'article 9.04? Malheureusement, le savant arbitre n'a pas répondu ni essayé de répondre à cette question. Il a plutôt répondu à une «mauvaise question» et s'est aussi laissé influencer par la preuve extrinsèque qu'il avait irrégulièrement admise.

La question n'a pas été plaidée et nous n'avons pas à décider si les «bénéfices accumulés» signifient seulement les bénéfices de type pension ou s'ils comprennent pendant une grève légale d'autres avantages sociaux comme l'ancienneté en l'espèce. Cette question se poserait à bon droit ici si aucune convention collective n'avait été signée après la grève avec effet rétroactif pour couvrir l'intervalle entre l'expiration de l'ancienne convention et la signature de la nouvelle.

Lorsque, comme en l'espèce, cet intervalle ou cette période intermédiaire disparaît en raison de la rétroactivité complète de la nouvelle convention, tous les droits ou bénéfices visés à cette convention, y compris les avantages sociaux comme l'accumulation des droits d'ancienneté, ont *prima facie* continué de s'accumuler pendant la période de rétroactivité. Il faudrait maintenant des termes précis pour priver un employé de ces droits simplement parce qu'il a participé à une grève légale. En pareilles circonstances, être en grève légale doit être une «raison valable» d'absence du travail.

Le juge Coffin de la Division d'appel a partagé l'avis du juge en chef MacKeigan que l'absence du travail lors d'une grève légale était «une autre raison valable» mais il n'était pas d'accord que l'arbitre avait commis une erreur en recevant la preuve relative à la convention de 1969. A l'instar du juge Cooper de la Division d'appel, il était d'avis que le premier juge avait eu raison de conclure qu'il y avait suffisamment d'ambiguïté pour justifier l'admissibilité de cette preuve. A mon avis, cette conclusion est incontestable, ce qui laisse seulement deux questions:

1) L'interprétation exacte de la convention ou, comme préfère le dire le juge en chef MacKeigan, la bonne question:

2) Si la sentence est inattaquable parce que, comme l'ont dit les juges MacIntosh et Cooper, [TRADUCTION] «les parties ont présenté à l'arbitre une question de droit précise».

Si l'on considère d'abord la seconde question, la bonne règle me paraît avoir été formulée par le juge Judson, exprimant l'opinion majoritaire, dans

and Professional Employees' Union³². In that case, the Ontario Court of Appeal had held affirming Morand J., that the grievance submitted to arbitration was a specific question of law. It had arisen when an employee was retired under Bell Canada's Pension Plan. He submitted a grievance that he had been dismissed without sufficient and reasonable cause. Bell replied that he had been retired, not dismissed. Pursuant to the Collective Agreement, the Union gave notice that it was submitting the name of an arbitrator. He was agreed to without prejudice to the contention that the grievance was not a proper grievance for arbitration under the Collective Agreement. I am now quoting from Judson J. (at pp. 339-340):

The company and the union agreed that the only matter that the arbitrator would deal with at the first hearing would be the preliminary objection of the company that the grievance was not arbitrable. The arbitrator determined that retirement was a form of dismissal; that the grievance was covered by art. 8 of the collective agreement and was therefore arbitrable. The company appealed from this decision. Both the judge of first instance and the Court of Appeal dismissed the appeal on the very narrow ground that the case was one in which a specific question of law had been referred to an arbitrator for decision and that the Court could not intervene even if it appeared to the members of the Court that the arbitrator's decision upon this question of law was erroneous.

... This is not a case where the parties by agreement ousted the jurisdiction of the courts to determine a question of law by *choosing* to have that question determined by a judge of their own making. This matter came up in the ordinary course on the hearing of a grievance which was characterized by the employee as a dismissal and by the company as a retirement on pension. It is obvious from the letter which the company wrote when it consented to the appointment of the arbitrator that there would be a preliminary objection to jurisdiction. This was all that was done on the first hearing before the arbitrator. He made his decision to proceed with the arbitration. There was nothing to prevent the company from asking the Court for an immediate review of this decision. The arbitrator's deci-

³² [1974] S.C.R. 335.

*Bell Canada c. Office and Professional Employees' Union*³². Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Ontario, confirmant la décision du juge Morand, avait jugé que le grief soumis à l'arbitrage portait sur une question de droit précise. Ce grief avait pris naissance lorsqu'un employé avait été mis à la retraite en vertu du plan de retraite de Bell Canada. Il a présenté un grief selon lequel il avait été congédié sans motif suffisant et raisonnable. Bell a répondu qu'il avait été mis à la retraite et non congédié. Conformément à la convention collective, le syndicat a donné avis qu'il proposait le nom d'un arbitre. Celui-ci a été accepté sans préjudice de la prétention que le grief n'était pas susceptible de faire l'objet d'un arbitrage en vertu de la convention collective. Je cite maintenant le juge Judson (aux pp. 339 et 340):

La compagnie et l'union ont convenu que la seule question qui serait portée devant l'arbitre à la première audition serait l'objection préliminaire de la compagnie que le grief ne peut-être soumis à l'arbitrage. L'arbitre a décidé que la mise à la retraite était une forme de congédiement; que le grief était visé par l'art. 8 de la convention collective et qu'il pouvait donc être soumis à l'arbitrage. La compagnie a interjeté appel à l'encontre de cette décision. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont tous deux rejeté l'appel en se fondant sur le motif très restreint qu'il s'agissait d'une affaire dans laquelle une question de droit précise avait été soumise à la décision d'un arbitre et que la Cour ne pouvait intervenir même s'il apparaissait aux membres de la Cour que la décision de l'arbitre sur cette question de droit était erronée.

... Il ne s'agit pas ici d'une affaire dans laquelle les parties ont convenu d'écarter le pouvoir des tribunaux de décider une question de droit, en *choisissant* de soumettre la question à un juge de leur propre choix. Cette affaire est survenue dans le cours ordinaire de l'audition d'un grief qui, selon l'employé, avait pour objet un congédiement et, selon la compagnie, une mise à la retraite avec pension. La lettre que la compagnie a écrite quand elle a consenti à la nomination de l'arbitre indique clairement qu'il y aurait une objection préliminaire quant à la compétence. C'est tout ce qui a été fait au cours de la première audition devant l'arbitre. Ce dernier a décidé de procéder à l'arbitrage. Rien n'empêchait la compagnie de demander à la Cour une révision immédiate de cette décision, une décision que la Cour

³² [1974] R.C.S. 335.

sion was one which the Court ought to have reviewed and reversed. (Emphasis added.)

In my view, the situation in the present case is exactly the same. The question came up in the ordinary course of the hearing of a grievance by the Union against the decision of the Company with respect to the computation of seniority for entitlement to paid holidays and it turned out that the disagreement over this computation depended entirely on the proper construction of the agreement. In my view this is not, any more than in the *Bell Canada* case, an agreement to refer a specific question of law to an arbitrator; it was there held that the parties had not agreed to refer a specific question of law to the arbitrator when agreeing that it was proper for the arbitrator to determine first whether the grievance arose out of a dismissal within the meaning of the agreement. The grievance in the present case never became an agreement to refer a specific question of law just because both parties agreed what the issue raised was.

I will point out that in the recent case of *Bradburn v. Wentworth Arms Hotel*³³ the unanimous judgment of this Court quashed an arbitration award on a grievance which, as in the present case, raised only a question of law, namely, the construction of a collective agreement. In that award the issue was stated in the following terms:

On February 1, 1972, employees of the company went on strike. A new collective agreement was executed and the employees returned to work on March 8, 1972. However, prior to the strike on January 29, 1971, the company served notice on the employees and the union that the company considered the collective agreement remained in effect pursuant to the provisions of Article 13.02 and that any strike would be unlawful.

This arbitration therefore is concerned with the issue of whether the strike that took place between February 1, 1972, and March 8, 1972, was an unlawful strike, and in order to answer that question it must be determined whether the collective agreement entered into between the parties on February 15, 1969, remained in effect during that period and until March 8, 1972, when the new agreement was signed.

³³ [1979] 1 S.C.R. 846.

aurait dû reviser et infirmer. (Les italiques sont de moi.)

A mon avis, la situation en l'espèce est exactement la même. La question s'est posée dans le cours ordinaire de l'audition d'un grief présenté par le syndicat contre la décision de la compagnie relativement au calcul de l'ancienneté donnant droit aux jours fériés payés et, finalement, le désaccord sur ce calcul portait entièrement sur l'interprétation exacte de la convention. A mon avis, pas plus que dans l'affaire *Bell Canada*, il ne s'agit ici d'une entente pour présenter une question de droit précise à un arbitre; on a jugé dans cette affaire-là que lorsque les parties ont convenu que l'arbitre devait d'abord décider si le grief résultait d'un renvoi au sens de la convention, elles n'ont pas convenu de présenter à l'arbitre une question de droit précise. En l'espèce, le grief n'est jamais devenu un accord ayant pour effet de présenter une question de droit précise, seulement parce que les parties se sont entendues sur la question à poser.

Je ferai remarquer que dans l'arrêt récent *Bradburn c. Wentworth Arms Hotel*³³ cette Cour a annulé, à l'unanimité, une sentence arbitrale rendue sur un grief qui, comme en l'espèce, posait seulement une question de droit, savoir, l'interprétation d'une convention collective. Cette sentence exposait comme suit la question litigieuse:

[TRADUCTION] Le 1^{er} février 1972, les employés de la compagnie se sont mis en grève. Une nouvelle convention collective a été signée et les employés sont retournés au travail le 8 mars 1972. Cependant, avant la grève, le 29 janvier 1971, la compagnie a signifié aux employés et au syndicat un avis suivant lequel elle était d'opinion que la convention collective demeurait en vigueur aux termes de l'article 13.02 et qu'une grève serait illégale.

Cet arbitrage porte donc sur la question de savoir si la grève qui a eu lieu entre le 1^{er} février 1972 et le 8 mars 1972 était illégale et, pour répondre à cette question, il faut décider si la convention collective signée par les parties le 15 février 1969 est demeurée en vigueur pendant cette période et jusqu'au 8 mars 1972, date de la signature de la nouvelle convention.

³³ [1979] 1 R.C.S. 846.

The Arbitration Board on the construction of the Collective Agreement which had been in existence prior to the strike determined that, in spite of the notice given at the proper time by the Union, the agreement had remained in force and the strike was illegal. Our conclusion contrary to this view was expressed as follows by Estey J. speaking for a majority (at p. 861):

It would take the clearest possible language in my view to drive a court to an interpretation which would find the parties voluntarily stripping themselves of the opportunity to call to their aid the provisions of the statute to change a collective agreement, and to substitute for those proceedings so traditional now in the labour relations of our community, a permanent agreement continuing until both parties agree upon a replacement agreement.

Other members of the Court reached the same conclusion on a different basis but no one held that, because the employer's grievance raised only a question of law, the construction of a collective agreement, the arbitration award could not be interfered with. In fact, it was set aside.

In *Air-Care Ltd. v. United Steel Workers of America et al.*³⁴ the grievance that went to arbitration was in the following terms:

[TRANSLATION] The company has reduced the work week on October 9, 1970 for employees in Plant No. 1 and on October 23, 1970 for all employees in Plants Nos. 1 and 2.

The union maintains that the company had no right to reduce the work week.

We are requesting the company to restore the normal 40-hour week, and to reduce the work force if there is a shortage of work.

We are requesting the company to make good the wages lost to all employees concerned.

The arbitration award upheld the grievance by virtue of the clause in the collective agreement requiring that lay-offs because of shortage of work be made in order of seniority. This was construed as prohibiting shut-downs and as requiring that the work force be reduced by lay-offs in order of seniority. Quashing the award, Dickson J. said (at p. 7):

³⁴ [1976] 1 S.C.R. 2.

Se fondant sur l'interprétation de la convention collective qui avait été en vigueur avant la grève, le Conseil d'arbitrage a décidé que, malgré l'avis donné en temps utile par le syndicat, la convention était demeurée en vigueur et que la grève était illégale. Notre opinion contraire a été formulée comme suit par le juge Estey exprimant l'opinion majoritaire (à la p. 861):

[TRADUCTION] A mon avis, pour amener un tribunal à adopter une interprétation voulant que les parties aient volontairement renoncé à la possibilité d'invoquer les dispositions de la Loi en vue de la modification d'une convention collective, et pour substituer aux procédures maintenant courantes dans les relations de travail de notre société, une convention permanente reconduite jusqu'à ce que les deux parties s'entendent sur une nouvelle convention, il faudrait le langage le plus limpide.

D'autres membres de la Cour sont parvenus à la même conclusion sur une base différente mais personne n'a jugé que, parce que le grief de l'employeur posait uniquement une question de droit, l'interprétation de la convention collective, la sentence arbitrale était inattaquable. En fait, elle a été annulée.

Voici quel était le grief soumis à l'arbitrage dans *Air-Care Ltd. c. United Steel Workers of America et al.*³⁴:

La Compagnie a réduit la semaine de travail le 9 octobre 1970 pour les Employés du plant n° 1 et le 23 octobre 1970 pour tous les employés des plants 1 et 2.

L'Union prétend que la Compagnie n'avait pas le droit de réduire la semaine de travail.

Nous demandons à la Compagnie de rétablir la semaine normale de 40 heures, et de réduire les effectifs si manque d'ouvrage.

Nous demandons à la Compagnie de rembourser le salaire perdu à tous les Employés concernés.

La sentence arbitrale a fait droit au grief en raison de la clause de la convention collective qui exigeait que les mises à pied pour manque d'ouvrage soient faites d'après l'ancienneté. Cela a été interprété come interdisant la fermeture de l'établissement et exigeant que le personnel soit réduit par des mises à pied d'après l'ancienneté. Annulant la sentence, le juge Dickson a dit (à la p. 7):

³⁴ [1976] 1 R.C.S. 2.

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* ([1974] S.C.R. 335).

In *McLeod v. Egan*³⁵ the grievance submitted to arbitration was the propriety of disciplinary action against an employee who had refused to work overtime on the basis that having already worked 48 hours in a particular week, he could not, by virtue of *The Employment Standards Act* of the Province of Ontario, be required to work if he did not consent. The grievance was dismissed by the arbitrator on the view that the required consent was to be found in art. 2.01 of the Collective Agreement covering the employees. In the majority judgment by Martland J. I read (at pp. 523-524):

The Court of Appeal was of the opinion that the arbitrator had construed the collective agreement, particularly art. 2.01, in the light of s. 11(2) of the Act, that the construction he had placed upon it was one which it would reasonably bear, and, accordingly, could not be impeached.

... By the operation of the statute, the right to require overtime beyond 48 hours per week from any individual employee had been taken away from the employer and became subject to the rights of the employee under s. 11(2). There is nothing in the agreement that can possibly be construed as having met the requirements of that subsection and, therefore, it is unnecessary to determine whether this particular consent can be given by a collective agreement.

³⁵ [1975] 1 S.C.R. 517.

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* ([1974] R.C.S. 335).

Dans *McLeod c. Egan*³⁵ le grief présenté à l'arbitrage portait sur la régularité d'une mesure disciplinaire prise contre un employé qui avait refusé de faire du temps supplémentaire au motif qu'ayant déjà travaillé 48 heures dans une semaine en particulier, il ne pouvait être requis, en vertu de *The Employment Standards Act* de la province de l'Ontario, de travailler davantage s'il ne le désirait pas. L'arbitre a rejeté le grief pour le motif que le consentement nécessaire se trouvait à l'art. 2.01 de la convention collective régissant les employés. Dans le jugement majoritaire prononcé par le juge Martland, je lis (aux pp. 523 et 524):

La Cour d'appel a été d'avis que l'arbitre avait interprété la convention collective, particulièrement l'art. 2.01, à la lumière du par. (2) de l'art. 11 de la Loi, que l'interprétation qu'il en avait donnée était une interprétation qu'elle pouvait raisonnablement supporter et, par conséquent, une interprétation qui ne pouvait pas être attaquée.

... De par l'effet de la Loi, le droit d'exiger d'un employé quelconque qu'il travaille au-delà d'une période de quarante-huit heures par semaine avait été retiré à l'employeur et devenait assujéti aux droits de l'employé prévus au par. (2) de l'art. 11. Il n'y a rien dans la convention collective qu'il soit possible d'interpréter comme répondant aux exigences de ce paragraphe et, par conséquent, il n'est pas nécessaire de décider si ce consentement peut se donner dans une convention collective.

³⁵ [1975] 1 R.C.S. 517.

In a separate concurring opinion, the Chief Justice said (at pp. 518-519):

... Although the issue before the arbitrator arose by virtue of a grievance under a collective agreement, it became necessary for him to go outside the collective agreement and to construe and apply a statute which was not a projection of the collective bargaining relations of the parties but a general public enactment of the superior provincial Legislature. On such a matter, there can be no policy of curial deference to the adjudication of an arbitrator, chosen by the parties or in accordance with their prescriptions, who interprets a document which is in language to which they have subscribed as a domestic charter to govern their relationship.

It will be noted that neither opinion expressed disagreement with the test adopted by the Ontario Court of Appeal respecting the validity of the construction of a collective agreement by an arbitrator, namely, that the question is not whether the construction reached is the correct one in the view of the Court, but whether it is one which the agreement would reasonably bear. In my view judged by this standard, the construction of the agreement adopted by the Arbitrator cannot be rejected.

I cannot agree with MacKeigan C.J. that the Arbitrator in this case put the wrong question. With respect, the proper question was as the Arbitrator stated it, namely, "Did the employees accumulate seniority during the strike?" Whether absence from work on the legal strike constituted a "justifiable reason" within the meaning of art. 9.04 just was something to be considered in answering the question, it was not the question. The Arbitrator did consider that provision of the agreement as appears from the last sentence I have quoted from his reasons, and from that sentence it is clear that he did not consider that the strike came within what he called "the situations in the Agreement which extend seniority". I do not think I need consider whether I would reach the same conclusion, it is enough that I have no doubt that this is not an unreasonable conclusion.

It does not appear to me that the submission of a grievance under a collective agreement may be said to be a submission of a specific question of

Dans des motifs distincts mais concordants, le Juge en chef a dit (aux pp. 518 et 519):

... Bien que la question devant l'arbitre ait été soulevée de par un grief présenté en vertu d'une convention collective, l'arbitre a dû porter son regard au-delà de la convention collective et interpréter et appliquer une loi qui n'était pas une projection des relations de négociation collective des parties mais un texte législatif général d'intérêt public émanant de la législature provinciale supérieure. Sur une question de ce genre, il ne peut y avoir de politique de respect par les tribunaux de la sentence d'un arbitre, choisi par les parties ou conformément à leurs prescriptions, qui interprète un document au libellé duquel les parties ont souscrit comme étant la charte interne régissant leurs relations.

Nous pouvons constater que ni l'une ni l'autre de ces opinions ne s'oppose au critère adopté par la Cour d'appel de l'Ontario concernant la validité de l'interprétation d'une convention collective par un arbitre, savoir, que la question n'est pas de savoir si aux yeux de la Cour l'interprétation donnée est correcte, mais plutôt si c'est une interprétation que peut raisonnablement recevoir la convention. J'estime que si l'on juge d'après cette norme l'interprétation de la convention faite par l'arbitre, elle ne peut être rejetée.

Je ne peux partager l'opinion du juge en chef MacKeigan qu'en l'espèce l'arbitre a posé la mauvaise question. Avec égards, la bonne question était celle que l'arbitre a posée, savoir: «Les employés ont-ils accumulé de l'ancienneté pendant la grève?» La question de savoir si l'absence du travail pendant la grève légale était une «raison valable» au sens de l'art. 9.04 n'était qu'un point à examiner pour répondre à la question, ce n'était pas la question. L'arbitre a effectivement examiné cette disposition de la convention comme il appert de la dernière phrase citée de ses motifs, et il ressort clairement de cette phrase qu'il ne croyait pas que la grève faisait partie de ce qu'il a appelé [TRADUCTION] «des situations dans la convention qui prolongent l'ancienneté.» Je n'ai pas à me demander, je crois, si je parviendrais à la même conclusion, il suffit que je n'aie pas de doute sur le caractère raisonnable de cette conclusion.

Je ne crois pas que l'on puisse dire que la présentation d'un grief en vertu d'une convention collective est la présentation d'une question de

law because the parties agree that the outcome depends on some question of law or because they agree on the facts so that only a question of law is left to be decided. In my view the decision in the *Bell Canada* case is conclusive on that point. The extent of the remedies available to the parties should not be dependent on whether they agree or disagree on the facts and they should not be discouraged from agreeing on the facts by fear of prejudicing their remedy against an award which cannot be considered as coming within any reasonable view of the terms of the agreement, such as in the cases I have reviewed. It must be remembered that the basis on which the rule evolved that there was no remedy against an arbitrator's decision upon a specific question of law referred to him, was that the parties had *chosen* to have the question so decided. In the early case of *Stimpson v. Emmerson*³⁶, the judgment of Wilde C.J. was expressed in the following words:

The Court has no more authority to review the arbitrator's decision upon a point of law referred to him than upon a point of fact. Whatever may have been formerly the understanding, it is enough to say that in modern times the decisions are distinct and uniform, that if parties choose to refer a matter of law to an arbitrator, his decision upon the matter is final.

On a grievance under a collective labour agreement, the grievor does not *choose* arbitration, he has no other remedy. The other party has no choice either but to submit to his obligation to allow the grievance to be arbitrated. On the other hand, the arbitration is not meant to be an additional step before the matter goes before the courts, the decision is meant to be final. It is therefore imperative that decisions on the construction of a collective agreement not be approached by asking how the Court would decide the point but by asking whether it is a "patently unreasonable" interpretation of the agreement. The recent judgment of this Court in *Canadian Union of public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*³⁷, applied this criterion in respect of an administrative board order based on the New Brunswick *Public Relations Act*. It is apparent that this was not considered a

droit précise parce que les parties conviennent que la solution dépend d'une question de droit ou parce qu'elles s'entendent sur les faits de sorte que seule une question de droit reste à trancher. A mon avis, l'arrêt *Bell Canada* est concluant sur ce point. L'étendue des recours dont disposent les parties ne doit pas dépendre de ce qu'elles s'entendent ou ne s'entendent pas sur les faits et on ne doit pas les décourager de s'entendre sur les faits par crainte de préjudicier à leur recours contre une sentence qui comporterait une interprétation déraisonnable de la convention, comme dans les affaires que j'ai passées en revue. Il faut se souvenir que la règle qu'il n'y a pas de recours contre la décision d'un arbitre sur une question de droit précise qui lui est présentée, est fondée sur ce que les parties ont *choisi* de faire ainsi trancher la question. Dans l'ancienne affaire *Stimpson v. Emmerson*³⁶, le jugement du juge en chef Wilde est formulé comme suit:

[TRADUCTION] La Cour n'est pas plus autorisée à réviser la décision de l'arbitre sur une question de droit à lui soumise que sur une question de fait. Quoi qu'on ait pu penser antérieurement, il suffit de dire que les décisions modernes sont distinctes et uniformes; si les parties décident de soumettre une question de droit à un arbitre, sa décision sur cette question est finale.

Quand il présente un grief en vertu d'une convention collective de travail, le réclamant ne *choisit* pas l'arbitrage, il n'a pas d'autre recours. L'autre partie n'a pas de choix non plus, elle doit exécuter son obligation de laisser le grief aller à l'arbitrage. Par ailleurs, l'arbitrage n'est pas prescrit comme une étape préalable à la présentation de la question aux tribunaux, on veut que la décision soit finale. Il est donc impératif de ne pas aborder les décisions sur l'interprétation des conventions collectives en se demandant comment la Cour trancherait la question, mais en se demandant s'il s'agit d'une interprétation [TRADUCTION] «manifestement déraisonnable» de la convention. Dans l'arrêt récent *Le Syndicat canadien de la fonction publique, Section locale 963 c. La Société des alcools du Nouveau-Brunswick*³⁷, cette Cour a appliqué ce critère à l'ordonnance d'un conseil administratif fondée sur la *Loi relative aux rela-*

³⁶ (1847), 9 L.T. (O.S.) 199.

³⁷ [1979] 2 S.C.R. 227.

³⁶ (1847), 9 L.T. (O.S.) 199.

³⁷ [1979] 2 R.C.S. 227.

“general public enactment” as the Chief Justice put in in *McLeod v. Egan*.

I have thus far made no reference to *Metropolitan Toronto Police Association v. Board of Commissioners*³⁸ because, although in that case the majority did not agree that the grievance was to be treated as the submission of a specific question of law, they went on to hold that even then the award was subject to review on the basis of the principle stated by Viscount Cave in *Kelantan v. Duff Development Company Limited*³⁹, at p. 409. In my view this question does not arise in this case, but even if it did, I would not agree that the availability of such grounds of review, including the improper admission of evidence, was put in doubt by the more recent decision of the House of Lords in *F.R. Absalom Ltd. v. Great Western (London) Garden Village Society, Ltd.*⁴⁰

I would allow the appeal with costs throughout, set aside the judgment of the Appeal Division and restore the judgment of MacIntosh J. dismissing respondent's application to quash the award.

The reasons of Martland and Ritchie JJ. was delivered by

MARTLAND J.—I have had the advantage of reading the reasons of the Chief Justice and those of my brother Pigeon with respect to this appeal. The Chief Justice has pointed out that the record in this appeal does not contain the policy grievance which initiated the proceedings before the arbitration, nor is it reproduced in any of the judgments below, nor in the award of the arbitrator. The arbitrator did state the issue before him in the following terms:

The issue in this arbitration is whether or not employees accumulate seniority during the period of the strike or not, thereby entitling them to paid holidays

³⁸ [1975] 1 S.C.R. 630.

³⁹ [1923] A.C. 395.

⁴⁰ [1933] A.C. 592.

tions de travail dans les services publics du Nouveau-Brunswick. Il est évident que cela n'a pas été considéré comme un «texte législatif d'intérêt public», pour reprendre les paroles du Juge en chef dans *McLeod c. Egan*.

Je n'ai jusqu'ici fait aucune mention de l'arrêt *Metropolitan Toronto Police Association c. Le Bureau des Commissaires*³⁸ parce que, même si dans cette affaire la majorité n'était pas d'avis que le grief devait être considéré comme la présentation d'une question de droit précise, elle a néanmoins jugé que le sentence arbitrale était susceptible de révision suivant le principe énoncé par le vicomte Cave dans *Kelantan v. Duff Development Company Limited*³⁹, à la p. 409. A mon avis cette question ne se pose pas en l'espèce mais, même si elle se posait, je ne serais pas d'accord pour dire que la possibilité d'invoquer de tels moyens de révision, y compris l'admission irrégulière d'une preuve, a été mise en doute par l'arrêt plus récent de la Chambre des lords dans *F. R. Absalom Ltd. v. Great Western (London) Garden Village Society Ltd.*⁴⁰

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours, d'infirmer l'arrêt de la Division d'appel et de rétablir le jugement du juge MacIntosh qui rejette la demande de l'intimé visant à faire annuler la sentence.

Version française des motifs des juges Martland et Ritchie rendus par

LE JUGE MARTLAND—J'ai eu l'avantage de lire les motifs du Juge en chef et ceux de mon collègue le juge Pigeon. Le Juge en chef a fait remarquer que le dossier ne contient pas le grief collectif qui est à l'origine des procédures devant l'arbitre et que le texte n'en est pas non plus reproduit dans les jugements des cours d'instance inférieure ni dans la sentence arbitrale. Voici comment l'arbitre a énoncé la question qui lui était soumise:

[TRADUCTION] Dans cet arbitrage il s'agit de savoir si les employés accumulent de l'ancienneté pendant la grève de manière à avoir droit aux jours fériés payés aux

³⁸ [1975] 1 R.C.S. 630.

³⁹ [1923] A.C. 395.

⁴⁰ [1933] A.C. 592.

under Article 19.04 and .05 and benefits under the SUB Plan.

The Chief Justice has noted that the case was dealt with in the Court below on the basis that a specific question of law had been submitted to the arbitrator as to the construction of the collective agreement. I am not, however, satisfied that the Court was correct in so doing. In my opinion, this is a case in which a grievance has been referred to arbitration pursuant to the collective agreement as was the case in *The Metropolitan Toronto Police Association v. The Metropolitan Toronto Board of Commissioners of Police*⁴¹. That being so, I agree with the reasons of my brother Pigeon.

However, even assuming that the submission to the arbitrator was a specific question of law which the parties had determined to have decided by the arbitrator, I would agree with the disposition of this appeal as proposed by the Chief Justice, but, with great respect, I am not prepared to agree with his *obiter dictum* concerning the statement of the law on this matter made in the Privy Council by Viscount Cave, L.C., in *Government of Kelantan v. Duff Development Company, Limited*⁴².

After stating that the reference to arbitration in that case was as to the construction of a deed, Viscount Cave said, at p. 409:

If this be so, I think it follows that, unless it appears on the face of the award that the arbitrator has proceeded on principles which were wrong in law, his conclusions as to the construction of the deed must be accepted. No doubt an award may be set aside for an error of law appearing on the face of it; and no doubt a question of construction is (generally speaking) a question of law. But where a question of construction is the very thing referred for arbitration, then the decision of the arbitrator upon that point cannot be set aside by the Court only because the Court would itself have come to a different conclusion. If it appears by the award that the arbitrator has proceeded illegally—for instance, that he has decided on evidence which in law was not admissible or on principles of construction which the law does not countenance, then there is error in law which may be ground for setting aside the award; but the mere dissent of the

termes des articles 19.04 et .05 et aux bénéfiques en vertu du plan PSAC.

Le Juge en chef a signalé que la Cour d'appel avait examiné l'affaire en partant de la prémisse qu'une question de droit précise avait été soumise à l'arbitre concernant l'interprétation de la convention collective. Toutefois, je ne suis pas convaincu que la Cour d'appel a eu raison de le faire. A mon avis il s'agit d'une affaire dans laquelle un grief a été présenté à l'arbitrage en vertu d'une convention collective tout comme dans l'arrêt *La Metropolitan Toronto Police Association c. Le Bureau des Commissaires de Police de la Région métropolitaine de Toronto*⁴¹. Cela étant, je suis d'accord avec les motifs de mon collègue le juge Pigeon.

Cependant, même en présumant que la question soumise à l'arbitre était une question de droit précise que les parties voulaient faire trancher, je suis d'accord avec la disposition de ce pourvoi proposée par le Juge en chef mais, avec égards, je ne peux accepter son *obiter dictum* concernant l'énoncé du droit sur cette question formulé au Conseil privé par le vicomte Cave, L.C. dans *Government of Kelantan v. Duff Development Company, Limited*⁴².

Après avoir dit que le renvoi à l'arbitrage dans cette affaire-là concernait l'interprétation d'une convention, le vicomte Cave a dit, à la p. 409:

[TRADUCTION] S'il en est ainsi, il s'ensuit, je crois, qu'à moins qu'il n'apparaisse à la lecture de la sentence que l'arbitre a agi sur des principes erronés en droit, ses conclusions quant à l'interprétation de la convention doivent être acceptées. Une sentence arbitrale peut sans aucun doute être infirmée pour cause d'erreur de droit apparaissant à sa lecture; et il ne fait aucun doute qu'une question d'interprétation est (d'une manière générale) une question de droit. Mais lorsqu'une question d'interprétation est la chose même qui est soumise à l'arbitrage, alors la Cour ne peut infirmer la décision de l'arbitre sur ce point pour le simple motif que la Cour aurait elle-même tiré une conclusion différente. S'il ressort de la sentence que l'arbitre a procédé illégalement—par exemple, qu'il a fondé sa décision sur une preuve qui en droit était irrecevable ou sur des principes d'interprétation que la loi n'autorise pas, il y a alors une

⁴¹ [1975] 1 S.C.R. 630.

⁴² [1923] A.C. 395.

⁴¹ [1975] 1 R.C.S. 630.

⁴² [1923] A.C. 395.

Court from the arbitrator's conclusion on construction is not enough for that purpose.

After stating in this passage that where a question of construction is the very thing referred for arbitration the award cannot be set aside by the Court only because the Court would have come to a different conclusion, he goes on to add that if, in his reaching his conclusion, the arbitrator has proceeded illegally there may be ground of setting aside the award. In other words, the Court will not set aside an award on a reference to arbitration of a specific question of law because its own conclusion on that issue differs from that of the arbitrator, but it may, if it appears that the procedure followed by the arbitrator in reaching his decision was illegal, set aside the award for that reason.

On the facts of the *Kelantan* case, Viscount Cave held that there had been a specific reference of a question of construction to the arbitrator and he was not prepared to hold that the arbitrator had acted illegally. Lord Shaw of Dunfermline agreed with this judgment. Lord Sumner agreed with the disposition of the appeal made by Viscount Cave. Lord Parmoor wrote separate reasons. He held that there had been a specific question of law submitted to the arbitrator. Lord Trevethin was of the view that on the facts of the case there had not been a reference of a specific question of law.

None of the members of the Court expressed any dissent from Viscount Cave's statement of the law.

In *F. R. Absalom Limited v. Great Western (London) Garden Village Society, Limited*⁴³, the House of Lords decided, on the facts of the case, that, while recognizing the distinction between cases in which a question of law has been specifically referred for decision and those in which such a question is involved incidentally, there had not been a reference of a specific question of law, and so the Court set aside the award because it held that there had been an error of law on the face of

⁴³ [1933] A.C. 592.

erreur de droit qui peut être un motif d'infirmar la sentence; mais le simple fait que la Cour ne partage pas la conclusion de l'arbitre sur l'interprétation n'est pas suffisant à cette fin.

Après avoir dit dans ce passage que, lorsque la chose même qui est soumise à l'arbitrage est une question d'interprétation, la Cour ne peut infirmer la sentence pour le simple motif qu'elle aurait tiré une conclusion différente, il ajoute que, si pour parvenir à cette conclusion l'arbitre a procédé illégalement, cela peut constituer un motif pour infirmer la sentence. En d'autres mots, la Cour n'infirmara pas une sentence arbitrale prononcée sur une question de droit précise parce que ses propres conclusions sur cette question diffèrent de celles de l'arbitre, mais elle peut infirmer la sentence s'il appert que la procédure suivie par l'arbitre pour parvenir à sa décision était illégale.

D'après les faits de l'affaire *Kelantan*, le vicomte Cave a jugé qu'il y avait eu présentation spécifique d'une question d'interprétation à l'arbitre et il n'était pas prêt à statuer que l'arbitre avait agi illégalement. Lord Shaw of Dunfermline a partagé cette opinion. Lord Sumner s'est dit d'accord avec la façon dont le vicomte Cave disposait de l'appel. Lord Parmoor a écrit des motifs distincts. Il a jugé qu'une question de droit précise avait été présentée à l'arbitre. Lord Trevethin était d'avis que, compte tenu des faits de l'affaire, il n'y avait pas eu présentation d'une question de droit précise.

Aucun membre de la Cour n'a exprimé de dissidence sur l'énoncé du droit formulé par le vicomte Cave.

Dans *F. R. Absalom Limited v. Great Western (London) Garden Village Society, Limited*⁴³, la Chambre des lords, tout en reconnaissant la distinction entre les affaires où une question de droit a été spécifiquement présentée pour décision et celle où une telle question se pose de manière incidente, a décidé sur les faits de la cause qu'il n'y avait pas eu présentation d'une question de droit précise, et la Cour a donc infirmé la sentence parce qu'elle a jugé qu'il y avait eu une erreur de droit

⁴³ [1933] A.C. 592.

the award. There was no issue in that case as to the arbitrator having followed an illegal procedure and, consequently, there was no need to invoke Viscount Cave's statement as to the effect of illegal procedure being followed by the arbitrator. That part of the statement is, however, referred to by Lord Russell of Killowen without any expression of dissent from it. What Lord Russell of Killowen said is found at pp. 607-08:

My Lords, it is, I think, essential to keep the case where disputes are referred to an arbitrator in the decision of which a question of law becomes material distinct from the case in which a specific question of law has been referred to him for decision. I am not sure that the Court of Appeal has done so. The authorities make a clear distinction between these two cases, and, as they appear to me, they decide that in the former case the Court can interfere if and when any error of law appears on the face of the award, but that in the latter case no such interference is possible upon the ground that it so appears that the decision upon the question of law is an erroneous one.

In the *Kelantan* case Lord Cave made this distinction clear, and came to the conclusion, after considering the submission and the pleadings there in question, that specific questions of construction had been submitted to the arbitrator for his decision, with the result that his decision could not be interfered with merely on the ground of its being wrong. He adds, however, that if it was apparent on the face of the award that the arbitrator in arriving at his decision had proceeded illegally (e.g., on inadmissible evidence) that would be ground for interference.

I do not construe this passage in *Absalom* as stating any proposition of law different from that stated by Viscount Cave. Lord Russell of Killowen was not purporting to eliminate the qualification which Viscount Cave attached to his statement.

Viscount Cave's statement in *Kelantan* has been considered as a proper enunciation of the law on this subject in *Russell on Arbitration* (18th ed.), pp. 359-60, and in Halsbury's *Laws of England* (4th ed.), p. 334, para. 623.

There was at least tacit approval of the statement by this Court in *City of Vancouver v. Bran-*

qui apparaissait à la lecture de la sentence. On ne prétendait pas dans cette affaire-là que l'arbitre avait suivi une procédure illégale et, par conséquent, il n'était pas nécessaire d'invoquer l'énoncé du vicomte Cave quant à l'effet du recours à une procédure illégale par l'arbitre. Lord Russell of Killowen mentionne toutefois cette partie de l'énoncé sans exprimer aucune dissidence. Voici ce que lord Russell of Killowen dit aux pp. 607 et 608:

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, il est, je crois, essentiel d'établir une distinction entre une affaire où des différends sont soumis à un arbitre et ne peuvent être tranchés sans que l'on tienne compte d'une question de droit, et une affaire où une question de droit précise lui a été soumise. Je ne suis pas certain que la Cour d'appel ait appliqué ce principe. Les précédents font une nette distinction entre ces deux catégories d'affaires et, tels qu'il me paraissent, ils ont décidé que, dans la première, la Cour peut intervenir si la décision comporte à sa lecture une erreur de droit, mais que, dans la seconde, il ne peut y avoir d'intervention basée sur le motif qu'il apparaît que la décision sur la question de droit est erronée.

Dans l'affaire *Kelantan*, lord Cave a fait clairement cette distinction et est parvenu à la conclusion, après avoir examiné le compromis et les procédures écrites en l'instance, que des questions précises d'interprétation avaient été soumises à l'arbitre pour qu'il en décide, ce qui avait pour résultat que sa décision ne pouvait être modifiée pour le seul motif qu'elle était erronée. Il ajoute, toutefois, que s'il est manifeste à la lecture de la sentence que l'arbitre est parvenu à sa conclusion en procédant illégalement (c.-à-d., sur une preuve irrecevable) ce serait là un motif d'intervention.

Je n'interprète pas ce passage de l'arrêt *Absalom* comme un énoncé de droit différent de celui formulé par le vicomte Cave. Lord Russell of Killowen ne prétendait pas éliminer la réserve dont le vicomte Cave avait assorti son énoncé.

La déclaration du vicomte Cave dans l'arrêt *Kelantan* a été considérée comme un énoncé juste du droit sur cette question dans *Russell on Arbitration* (18^e éd.) aux pp. 359 et 360 et dans Halsbury's *Laws of England* (4^e éd.) à la p. 334, par. 623.

Il y a eu au moins une approbation tacite de cet énoncé par cette Cour dans *Ville de Vancouver c.*

*dram-Henderson of B. C. Limited*⁴⁴ at p. 550. In *The Metropolitan Toronto Police Association* case, the majority of this Court stated that it was not prepared to hold that the Court of Appeal of Ontario had erred in applying, in that case, the principle enunciated by Viscount Cave.

For the foregoing reasons I am not prepared to concur in a flat rejection of Viscount Cave's statement. I agree with the Chief Justice that the application of the statement in the circumstances of the present case would not entitle the Court to set aside the award. The arbitrator did not proceed illegally. He did answer the question of law put to him, as he was required to do.

The following are the reasons delivered by—

ESTEY J.—I agree with the Chief Justice that the arbitration board here is consensual and with Pigeon J. that the question referred to such board is not a specific question of law but is, within the meaning adopted for that term in the cases decided in this Court, a general question in the determination of which questions of law incidentally arise. I agree with the Chief Justice that the standard of review of an award of a consensual board is the combination of the two principles enunciated in *Hodgkinson v. Fernie*⁴⁵ and in *The King v. Duveen*⁴⁶. There remains to be elaborated in a proper case the scope of review for an error of law on the face of the record mentioned in the former authority and this will entail a determination of the applicability of the dicta Lord Cave in *Kelantan v. Duff Development Co.*⁴⁷ in Canadian law. On principle I am in accord with the tenor of the general observations of the Chief Justice on the limited scope of judicial review of consensual awards in our law.

⁴⁴ [1960] S.C.R. 539.

⁴⁵ (1857), 3 C.B. (N.S.) 189.

⁴⁶ [1913] 2 K.B. 32.

⁴⁷ [1923] A.C. 395.

*Brandram-Henderson of B.C. Limited*⁴⁴ à la p. 550. Dans l'arrêt *Metropolitan Toronto Police Association*, la majorité de cette Cour a dit qu'elle n'était pas prête à statuer que la Cour d'appel de l'Ontario avait commis une erreur en appliquant à cette affaire le principe énoncé par le vicomte Cave.

Pour ces motifs, je ne suis pas prêt à souscrire au rejet total de l'énoncé du vicomte Cave. Je suis d'accord avec le Juge en chef que l'application de l'énoncé dans les circonstances de l'espèce ne permettrait pas à la Cour d'infirmier la sentence. L'arbitre n'a pas procédé illégalement. Il a effectivement répondu à la question de droit qui lui était soumise comme on lui demandait de le faire.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ESTEY—Je partage l'opinion du Juge en chef qu'en l'espèce le conseil d'arbitrage a été choisi par les parties, et celle du juge Pigeon que la question soumise à ce conseil n'est pas une question de droit précise mais, suivant le sens donné à cette expression par la jurisprudence de cette Cour, une question générale dont l'examen pose de manière incidente des questions de droit. Je suis d'accord avec le Juge en chef que le critère de révision d'une sentence rendue par un conseil choisi par les parties est la combinaison des deux principes énoncés dans *Hodgkinson v. Fernie*⁴⁵ et dans *The King v. Duveen*⁴⁶. Il reste à examiner, lorsque la situation se présentera, quelle est l'étendue du pouvoir de réviser une erreur de droit qui apparaît à la lecture du dossier comme le mentionne la première décision et il faudra à cette fin décider de l'applicabilité, en droit canadien, des «dicta» de lord Cave dans *Kelantan v. Duff Development Co.*⁴⁷. Je souscris en principe aux remarques générales du Juge en chef sur l'étendue limitée, dans notre droit, du contrôle judiciaire des sentences rendues sur arbitrage choisi par les parties.

⁴⁴ [1960] R.C.S. 539.

⁴⁵ (1857), 3 C.B. (N.S.) 189.

⁴⁶ [1913] 2. K.B. 32.

⁴⁷ [1923] A.C. 395.

I have considerable doubt that the older authorities in the United Kingdom have any application in our law of judicial review in the field of labour relations. Judicial review of the award of a consensual board in my view should not be predicated upon the tenuous and artificial distinction between a general question and a specific question of law, but should be limited to review only when the arbitrator in answering the submission does something he is not by statute or contract authorized to do.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Burchell, Jost, MacAdam & Hayman, Halifax,

Solicitors for the respondent: Kitz, Matheson, Green & McIsaac, Halifax.

Je doute beaucoup que l'ancienne jurisprudence du Royaume-Uni s'applique à notre droit relatif au contrôle judiciaire dans le domaine des relations de travail. A mon avis le contrôle judiciaire d'une sentence d'un conseil choisi par les parties ne devrait pas être fondé sur la distinction subtile et artificielle entre une question générale et une question de droit précise; il devrait plutôt se limiter aux situations où l'arbitre, en répondant à la question qui lui est soumise, agit contrairement à la loi ou à la convention.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Burchell, Jost, MacAdam & Hayman, Halifax.

Procureurs de l'intimé: Kitz, Matheson, Green & McIsaac, Halifax.

Published by/Publié par
BERNARD C. HOFLEY, Q.C./c.r.

The Registrar, Supreme Court of
Canada

Registraire de la Cour suprême du
Canada

MILLS SHIPLEY, B.A., LL.B., B.L.S.
Deputy Registrar/Registraire adjoint

Editors/Arrêtistes

JOHN J. YOUNG, B.L.

RÉJEAN PATRY, B.A., LL.L.

Chief Revisor/Réviseur en chef

NORMAND BÉLAIR, B.A., LL.L.

Editorial Assistants/Adjoints à l'édition

MADO MAINVILLE-CÔTÉ
MARIELLE BEAULIEU

Changes of address for subscriptions to the
Supreme Court Reports should be referred to
Publishing Centre, Printing and Publishing,
Supply and Services Canada, Hull, Quebec,
Canada, K1A 0S9, together with the old
address.

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour
suprême du Canada doivent adresser tout
changement d'adresse au Centre d'édition,
Imprimerie et Édition, Approvisionnements et
Services Canada, Hull, Québec, Canada,
K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

Queen's Printer for Canada, Ottawa 1980.

Imprimeur de la Reine, pour le Canada,
Ottawa 1980.

CONTENTS

Clark *et al.* v. Royal Bank of Canada..... 177

Barristers and solicitors – Negligence –
Breach of contract – Assessment of damages.

Deputy Minister of Revenue v. Rain-
ville..... 35

Bankruptcy – Secured creditor – Interpreta-
tion – Crown privilege – Retail sales tax –
Cancellation of privilege – Bankruptcy Act,
R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 2, 107 – Civil Code,
art. 1989 – Retail Sales Tax Act, R.S.Q.
1964, c. 71, s. 30.

Dupleisa v. T. Eaton Life Assurance
Co..... 144

Insurance – Life insurance – Premiums –
Grace period – Late premium offer sent after
expiry of grace period – Cheque sent by
insured – Status of policy – Death of insured
prior to clearing of cheque – Delay in clearing
cheque – The Insurance Act, R.S.N.B. 1973,
c. I-12, s. 142(1) – Bills of Exchange Act,
R.S.C. 1970, c. B-5, s. 167.

Evans Products Co. Ltd. v. Crest Ware-
housing Co. Ltd. 83

Bailment – Plywood crates stored with ware-
houseman – Plywood damaged by fire – Li-
ability for loss admitted by warehouseman –
Quantum of damages – Provision in ware-
house receipt for limitation of liability –
Statutory obligation of warehouseman to take
care not impaired – Warehouse Receipts Act,
R.S.B.C. 1960, c. 404, ss. 3(4)(b), 14.

French v. The Queen..... 158

Criminal law – Murder – Evidence as to
confessions by the accused – Witness of dis-
honourable repute – Witness originally sup-
porting accused's alibi – Charge to the jury –
Whether amounting to misdirection – Wheth-
er inconsistent with jury's obligation to con-
sider all the evidence – Criminal Code, s.
613(1)(b).

Green Forest Lumber Ltd. v. General
Security Insurance Co. Ltd..... 176

Maritime law – Insurance – Dismissal of
appellant's action seeking declaration that it
was the proper owner of and beneficiary
under an insurance policy respondent was
obliged to issue – No error in judgment at

Continued on inside back cover

SOMMAIRE

Clark *et autre* c. Banque Royale du
Canada 177

Avocats et procureurs – Responsabilité –
Inexécution de contrat – Evaluation des
dommages-intérêts.

Dupleisa c. Compagnie d'assurance-vie
T. Eaton 144

Assurance – Assurance-vie – Primes – Délai
de grâce – Avis de facturation de la prime
échu envoyée après l'expiration de la période
de grâce – Chèque envoyé par l'assuré –
Statut de la police – Décès de l'assuré avant
la présentation du chèque pour encaissement
– Délai dans la présentation du chèque pour
encaissement – Loi sur les assurances
L.R.N.-B. 1973, chap. I-12, par. 142(1) – Loi
sur les lettres de change, S.R.C. 1970, chap.
B-5, art. 167.

Evans Products Co. Ltd. c. Crest
Warehousing Co. Ltd..... 83

Dépôt – Paquets de contreplaqué entreposés
chez un entrepreneur – Contreplaqué endom-
magé par le feu – L'entrepreneur a reconnu sa
responsabilité à l'égard de la perte – Quan-
tum des dommages – Disposition du récépissé
d'entrepôt limitant la responsabilité – L'obli-
gation de l'entrepreneur d'apporter le soin
exigé par la loi n'est pas restreinte – Ware-
house Receipts Act, R.S.B.C. 1960, chap.
404, al. 3(4)(b) et art. 14.

French c. La Reine..... 158

Droit criminel – Meurtre – Preuve de déclara-
tions faites par l'accusé – Témoin de répu-
tation équivoque – Témoin qui, à l'origine, a
fourni un alibi à l'accusé – Directive au jury –
La directive était-elle erronée – La directive
était-elle incompatible avec l'obligation du
jury d'examiner toute la preuve – Code crimi-
nel, al. 613(1)(b).

Green Forest Lumber Ltd. c. General
Security Insurance Co. Ltd..... 176

Droit maritime – Assurance – Rejet de l'ac-
tion de l'appelante qui voulait faire déclarer
qu'elle était le véritable propriétaire en vertu
d'une police d'assurance que l'intimée était
tenue de délivrer – Les jugements en première
instance et en appel ne renferment aucune
erreur – The Marine Insurance Act, R.S.O.
1970, chap. 260, art. 23.

Harper c. Harper..... 2

Mari et femme – Divorce – Droit de l'épouse
divorcée sur le domicile conjugal – Pouvoirs
discrétionnaires du juge de première instance
– Révision de la décision du juge de première
instance fondée sur l'exercice d'un pouvoir

Suite à la page 3 de la couverture

CONTENTS (Continued)

trial or on appeal – The Marine Insurance Act, R.S.O. 1970, c. 260, s. 23.

Harper v. Harper 2

Husband and wife – Divorce – Interest of divorced wife in matrimonial home – Discretionary jurisdiction of trial judge – Review of trial judge's discretion – Family Relations Act, 1972 (B.C.), c. 20, s. 8.

Evidence – Court of Appeal misled by wrongful assertion in notice of appeal as to title to property – Motion for leave to adduce new evidence – Motion granted – Party not disclosing true facts – Candour expected from counsel and solicitors.

Johnson (S.C.) and Son, Ltd. et al. v. Marketing International Ltd. 99

Trade marks – Registered user – Mark "OFF" – Mark not distinctive – Elliptical description – Confusion with "BUGG OFF" – Trade Marks Act, R.S.C. 1970, c. T-10, ss. 2, 12, 18, 49.

McCauley v. McVey et al. 165

Real property – Contracts of sale and purchase of land – Closing dates – Time of the essence – Failure of purchaser in first agreement to secure survey and therefore title by closing date – Right of purchaser in second agreement to require specific performance – Effect of stipulation that time shall be of the essence.

Solicitor – Acting for both parties to a transaction – To be avoided if difficulties possible.

Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada 115

Constitutional law – Labour relations – Jurisdiction of the Canada Labour Relations Board – Absence of evidence on the constitutional facts – British North America Act, ss. 91, 92(10)(a) – Canada Labour Code, R.S.C. c. L-1, ss. 2, 108.

Continued on back cover

SOMMAIRE (Suite)

discrétionnaire – Family Relations Act, 1972 (C.-B.), chap. 20, art. 8.

Preuve – La Cour d'appel a été induite en erreur par la fausse affirmation contenue dans l'avis d'appel relativement au titre de propriété – Requête visant la production de nouveaux éléments de preuve – Requête accordée – Une partie n'a pas révélé les faits réels – Attente de bonne foi de la part des avocats et procureurs.

Johnson (S.C.) and Son, Ltd. et autre c. Marketing International Ltd. 99

Marques de commerce – Usager inscrit – Marque «OFF» – Marque non distinctive – Description elliptique – Confusion avec «BUGG OFF» – Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, chap. T-10, art. 2, 12, 18, 49.

McCauley c. McVey et autres 165

Immeubles – Contrats de vente et d'achat d'un terrain – Dates de signature – La date est une condition essentielle – Défaut par l'acheteur partie au premier contrat de faire compléter l'arpentage et ainsi obtenir le titre à la date de la signature – Droit de l'acheteur partie au deuxième contrat d'exiger l'exécution intégrale – Effet de la stipulation selon laquelle la date est une condition essentielle.

Procureur – Agissant pour les deux parties à la transaction – A éviter en cas de difficultés éventuelles.

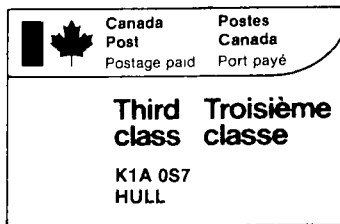
Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada 115

Droit constitutionnel – Relations de travail – Compétence du Conseil canadien des relations du travail – Absence de preuve relativement aux faits constitutionnels – Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 91, 92(10)a) – Code canadien du travail, S.R.C. chap. L-1, art. 2, 108.

Olympic Towers Ltd. c. Shervale Developments Inc. et autre 142

Appel – Abus de procédures judiciaires – Requête en autorisation de pourvoi – Mesures dilatoires – Procédures entamées de mauvaise foi – Emploi abusif de procédures judiciaires par la requérante – Renvoi à la Cour d'appel pour décider des mesures à prendre.

Suite à la page 4 de la couverture



If undelivered, return COVER ONLY to Canadian Government Printing Office, Supply and Services Canada, 45 Sacré-Coeur Boulevard, Hull, Québec, Canada, K1A 0S7
En cas de non-livraison, retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à Imprimerie du gouvernement canadien, Approvisionnement et Services Canada, 45, boulevard Sacré-Coeur, Hull, Québec, Canada, K1A 0S7

CONTENTS (Concluded)

SOMMAIRE (Fin)

| | |
|---|---|
| <p>Olympic Towers Ltd. v. Shervale Developments Inc. et al. 142</p> <p>Appeal – Abuse of judicial process – Motion for leave to appeal – Proceedings taken as delaying tactics – Proceedings taken against good faith – Misuse of judicial procedures by applicant – Reference to Court of Appeal for consideration as to what action may be required.</p> <p>Appeal – Motion for leave to appeal – Agency – Fiduciary duty – Res judicata – Failure to raise all issues – Whether further litigation permissible – Misuse of judicial procedures – Reference to Court of Appeal.</p> <p>R. v. Jean B...... 80</p> <p>Appeal – Application for leave to appeal – Time for making application – Interpretation – Juvenile Delinquents Act, R.S.C. 1970, c. J-3, s. 37(3) – Official Languages Act, R.S.C. 1970, c. O-2, s. 8.</p> <p>Re: Authority of Parliament in relation to the Upper House..... 54</p> <p>Constitutional law – Senate – Authority of Parliament to amend constitution – British North America Act, ss. 21 to 36, 91(1).</p> <p>Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720 178</p> <p>Labour relations – Arbitration – Judicial review – Standard for judicial review – Grievance – Ambiguity – Extrinsic evidence – Nature of arbitration – Consensual or otherwise – Collective agreement – Justifiable reason for absence from work – Whether correct question addressed by arbitrator.</p> | <p>Appel – Requête en autorisation de pourvoi – Mandat – Devoir du fiduciaire – Chose jugée – Défaut de soulever toutes les questions – D'autres procédures peuvent-elles être permises? – Emploi abusif de procédures judiciaires – Renvoi à la Cour d'appel.</p> <p>R. c. Jean B. 80</p> <p>Appel – Demande d'autorisation d'appel – Délai de présentation – Interprétation – Loi sur les jeunes délinquants, S.R.C. 1970, chap. J-3, art. 37(3) – Loi sur les langues officielles, S.R.C. 1970, chap. O-2, art. 8.</p> <p>Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute 54</p> <p>Droit constitutionnel – Sénat – Compétence du Parlement d'amender la constitution – Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 21 à 36, 91(1).</p> <p>Sous-ministre du Revenu c. Rainville 35</p> <p>Faillite – Créancier garanti – Interprétation – Privilège de la Couronne – Impôt sur la vente en détail – Radiation du privilège – Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 2, 107 – Code civil, art. 1989 – Loi de l'impôt sur la vente en détail, S.R.Q. 1964, chap. 71, art. 30.</p> <p>Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720. 178</p> <p>Relations de travail – Arbitrage – Contrôle judiciaire – Critère de révision judiciaire – Grief – Ambiguïté – Preuve extrinsèque – Nature de l'arbitrage – A-t-il été choisi par les parties ou autrement imposé? – Convention collective – Raison valable de s'absenter du travail – L'arbitre a-t-il répondu à la bonne question?</p> |
|---|---|



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 1980 Vol. 1

2^e cahier, 1980 Vol. 1

Cited as [1980] 1 S.C.R. 221-432

Renvoi [1980] 1 R.C.S. 221-432

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Mohamed Mustapha Ali *Respondent*.

1979: March 6; 1979: June 14.

Present: Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte and McIntyre JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF
NEWFOUNDLAND, APPEAL DIVISION

Criminal law — Motor vehicles — Breathalyzer — Amendment to Code — Breath samples — Whether provision for “samples” rather than “sample” retroactive — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 235, 236, 237 — Criminal Law Amendment Act, 1975, 1974-75-76 (Can.), c. 93.

Statutes — Amendment — Motor vehicles — Breathalyzer — Breath samples — Whether provision for “samples” rather than “sample” retroactive — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 235, 236, 237 — Criminal Law Amendment Act, 1975, 1974-75-76 (Can.), c. 93.

In June 1976, an information was laid by the R.C.M.P. in Newfoundland against the appellant *viz.* that he had on April 22, 1976, at St. John's District, Newfoundland, care or control of a motor vehicle while having a blood alcohol level in excess of 80 mg. of alcohol in 100 ml. of blood contrary to s. 236 of the *Criminal Code*. Following a trial on August 3, 1976 and on May 5, 1977, the appellant was convicted on the latter date. The magistrate had received in evidence a certificate under s. 237(1)(f) of the *Code* in force on April 22, 1976, stating that on the date in question a sample of appellant's breath had been received into a Borkenstein Breathalyzer and indicated a blood alcohol level in excess of the prescribed limit. The question of law stated was whether the magistrate erred in law in ruling that the amendments to the *Code* enacted by the *Criminal Law Amendment Act, 1975, 1974-75-76 (Can.)*, c. 93, proclaimed May 7, 1976, requiring that more than one breath sample be received into the breathalyzer and analyzed did not apply retrospectively to proof of a charge arising on April 22, 1976. While Noel J. answered the question in the negative and dismissed the appeal, the Appeal Division reversed and quashed the conviction.

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Mohamed Mustapha Ali *Intimé*.

1979: 6 mars; 1979: 14 juin.

Présents: Les juges Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte et McIntyre.

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE
TERRE-NEUVE, DIVISION D'APPEL

Droit criminel — Véhicules à moteur — Analyseur d'haleine — Modification au Code — Échantillons d'haleine — La disposition exigeant «des échantillons» plutôt qu'«un échantillon» est-elle rétroactive? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 235, 236, 237 — Loi de 1975 modifiant le Code criminel, 1974-75-76 (Can.), chap. 93.

Lois — Modification — Véhicules à moteur — Analyseur d'haleine — Échantillons d'haleine — La disposition exigeant «des échantillons» plutôt qu'«un échantillon» est-elle rétroactive? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 235, 236, 237 — Loi de 1975 modifiant le Code criminel, 1974-75-76 (Can.), chap. 93.

En juin 1976, une dénonciation a été déposée par la G.R.C. contre l'intimé à Terre-Neuve alléguant que, le 22 avril 1976, dans le district de St-Jean (Terre-Neuve), il a illégalement eu la garde d'un véhicule à moteur alors que son taux d'alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang, contrairement à l'art. 236 du *Code criminel*. A la suite d'un procès qui a eu lieu le 3 août 1976 et le 5 mai 1977, l'intimé a été déclaré coupable à cette dernière date. Le magistrat avait admis en preuve un certificat conforme à l'al. 237(1)f) du *Code* en vigueur le 22 avril 1976, déclarant qu'à la date indiquée, un échantillon de l'haleine de l'intimé avait été prélevé à l'aide d'un appareil Borkenstein et indiquait un taux d'alcoolémie dépassant la limite prescrite. La question de droit exposée était celle de savoir si le magistrat avait commis une erreur de droit en décidant que les modifications au *Code* édictées par la *Loi de 1975 modifiant le Code criminel, 1974-75-76 (Can.)*, chap. 93, proclamée le 7 mai 1976, exigeant que plus d'un échantillon d'haleine soit prélevé à l'aide de l'analyseur d'haleine et analysé ne s'appliquaient pas rétroactivement à la preuve d'une accusation pour une infraction commise le 22 avril 1976. Alors que le juge Noël a répondu à la question par la négative et a rejeté l'appel, la Division d'appel a infirmé sa décision et annulé la déclaration de culpabilité.

Held: The appeal should be allowed.

Per Pigeon, Dickson, Beetz, Pratte and McIntyre JJ.: The amendments in question were primarily designed to give police officers the right to require more than one sample of breath from a person suspected of a breach of ss. 234 or 236. A comparison of s. 235 as it was before and after amendment indicates that the amendment related to substantive law. Taking the amendment to s. 235 together with the other amendments it is clear that the prospective character of s. 235 is determinative of the construction to be placed on the new s. 237 which cannot be taken to refer to samples that could not have been legally demanded at the time and that the new s. 237 was intended to apply only when at least two samples of breath have been legally demanded and obtained. Further it is apparent that the new s. 237 could not in fact operate retrospectively. There was no reason to believe that Parliament intended, when passing the amendments, to allow for an interval during which the prosecution of offences already committed would be frustrated because the rules in ss. 235 and 237 would not be available for the enforcement of s. 236. Also the statutory rule in s. 36(d) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, modified the common law by prescribing that the retroactive operation of procedural enactments shall not be absolute but will take place only to the extent that the new rules of procedure may be adapted to the proceedings taken in respect of a matter that has occurred before the new rules came into effect. Thus the new procedure will not apply retrospectively if or to the extent that it cannot be adapted. Here the new procedure could not be adapted and could not apply to a sample taken under the old s. 235. Both s. 36 and the common law therefore constitute insurmountable obstacles to the conclusion reached by the Appeal Division.

Per Ritchie and Estey JJ., *dissenting*: The circumstances in this appeal were that the appellant was apprehended on April 22, 1976, and required to furnish a sample of his breath under s. 235 of the *Code* as it then provided. The sample indicated a blood alcohol content in excess of the prescribed limit and had the appellant been charged and tried on the day following his apprehension, the sample so procured would have constituted *prima facie* evidence of his blood content at the time of his apprehension. No information, however, was laid until June 1, by which time the amendments to the *Code* had been proclaimed as law. Not only was the laying of the information delayed but the trial did not

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

Les juges Pigeon, Dickson, Beetz, Pratte et McIntyre: Les modifications en question ont pour objet premier de donner aux policiers le pouvoir d'exiger plus d'un échantillon d'haleine d'une personne soupçonnée d'une infraction à l'art. 234 ou 236. Une comparaison de l'art. 235 tel qu'il se lisait avant et après la modification indique que la modification touche le fond du droit. Si on lit ensemble la modification à l'art. 235 et celles apportées par ailleurs, il est clair que l'application pour l'avenir de l'art. 235 dicte l'interprétation qu'on doit donner au nouvel art. 237 qui ne peut se rapporter à des échantillons d'haleine qui ne pouvaient légalement faire l'objet d'une sommation à l'époque et que le nouvel art. 237 doit s'appliquer seulement lorsqu'on a légalement exigé et obtenu au moins deux échantillons d'haleine. De plus il est manifeste que le nouvel art. 237 ne peut en fait s'appliquer rétroactivement. Il n'y a aucune raison de croire que le Parlement ait voulu, lorsqu'il a adopté les modifications, permettre qu'il y ait un intervalle durant lequel la poursuite des infractions déjà commises serait entravée parce qu'on ne pourrait avoir recours aux règles contenues aux art. 235 et 237 pour appliquer l'art. 236. De plus, la règle d'interprétation exprimée à l'al. 36d) de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, a modifié la *common law* en disposant que l'application rétroactive des textes établissant une procédure n'est pas un principe absolu, mais aura lieu seulement dans la mesure où les nouvelles règles de procédure peuvent s'adapter aux poursuites entamées relativement à des choses survenues avant l'entrée en vigueur des nouvelles règles. La nouvelle procédure ne s'appliquera donc pas rétroactivement si elle ne peut être adaptée ou dans la mesure où elle ne peut l'être. Ici la nouvelle procédure ne peut s'adapter et ne peut s'appliquer à un échantillon d'haleine prélevé conformément à l'ancien art. 235. Tant l'art. 36 que la *common law* constituent donc des obstacles insurmontables à la conclusion de la Cour d'appel.

Les juges Ritchie et Estey, *dissidents*: Les faits qui ont donné naissance au présent pourvoi sont les suivants. L'intimé a été arrêté le 22 avril 1976 et a dû fournir un échantillon d'haleine conformément à l'art. 235 du *Code* en vigueur à cette époque. L'analyse de l'échantillon indiquait un taux d'alcoolémie supérieur à la limite prescrite et si l'intimé avait été accusé et jugé le lendemain de son arrestation, l'échantillon ainsi obtenu aurait constitué une preuve *prima facie* de la proportion d'alcool dans son sang au moment de son arrestation. Cependant la dénonciation n'a été déposée que le 1^{er} juin, alors que les modifications au *Code* étaient entrées en vigueur. Non seulement le dépôt de la dénonciation

commence until August 3, 1976 whereupon it was adjourned and not concluded until May 5, 1977. The rules of evidence as to the effect of such a certificate had been amended three months before the trial commenced and a year before it concluded. The issue turned on whether the amendment was to be regarded as penal or merely a change in the method of proof. Morgan J.A. in the Appeal Division rightly concluded that *Howard Smith Paper Mills v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403 applied. Here as in that case the amendment neither created an offence nor took away a defence. The only change was in the mode of proof requiring that before the rebuttable presumption could arise more than one sample was required. It was Parliament's view that a double sampling was necessary to convict and this intention of Parliament was known in the form of an effective law prior to the laying of the charge. Different considerations might well have applied had the charge been laid prior to the date of the amendment.

[*Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403 distinguished; *R. v. Noble*, [1978] 1 S.C.R. 632; *Moon v. Durden*, [1848] 2 Ex. 22; *Kimbray v. Draper* (1868), L.R. 3 Q.B. 160; *Republic of Costa Rica v. Erlanger*, [1876] 3 Ch. D. 62; *Gardner v. Lucas*, [1878] 3 A.C. 582; *Hickson v. Darlow* (1883), 23 Ch. D. 690; *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 S.C.R. 413; *R. v. LeSarge* (1975), 26 C.C.C. (2d) 388; *R. v. MacGregor* (1978), 39 C.C.C. (2d) 401; *Surtees v. Ellison* (1829), 9 B. & C. 750; *R. v. The Leeds and Bradford Railway Co.* (1852), 18 Q.B. 343; *Re Athlumney* (1898), 2 Q.B. 547, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Newfoundland, Appeal Division¹, allowing an appeal from a judgment of Noel J.² dismissing an appeal by way of stated case in the matter of a conviction under s. 236 of the *Criminal Code*. Appeal allowed, conviction restored, Ritchie and Estey JJ. dissenting.

David F. Hurley, for the appellant.

David C. Day, for the respondent.

¹ (1978), 15 Nfld. & P.E.I.R. 104.

² (1977), 14 Nfld. & P.E.I.R. 202.

a-t-il été retardé, mais encore le procès n'a pas commencé avant le 3 août 1976. Il a alors été ajourné pour se terminer le 5 mai 1977. Les règles de preuve ayant trait à l'effet d'un tel certificat avaient été modifiées trois mois avant le début du procès et un an avant sa conclusion. La question est celle de savoir si la modification doit être considérée comme étant de nature pénale ou comme un simple changement au mode de preuve. Le juge Morgan en Division d'appel a conclu à bon droit que l'arrêt *Howard Smith Paper Mills c. La Reine*, [1957] R.C.S. 403, s'appliquait. Dans la présente affaire, comme dans cet arrêt, la modification n'a créé aucune infraction ni écarté aucun moyen de défense. Le seul changement porte sur le mode de preuve, exigeant plus d'un échantillon d'haleine pour que joue la présomption simple. Le Parlement était d'avis que le prélèvement de deux échantillons était nécessaire pour obtenir une déclaration de culpabilité et a annoncé son intention par une loi qui est entrée en vigueur avant le dépôt de l'accusation contre l'intimé. Des considérations différentes pourraient bien s'appliquer si la présente accusation avait été portée avant la date de la modification.

[Jurisprudence: Distinction faite avec l'arrêt *Howard Smith Paper Mills Ltd. c. La Reine*, [1957] R.C.S. 403; *R. c. Noble*, [1978] 1 R.C.S. 632; *Moon v. Durden*, [1848] 2 Ex. 22; *Kimbray v. Draper* (1868), L.R. 3 Q.B. 160; *Republic of Costa Rica v. Erlanger*, [1876] 3 Ch. D. 62; *Gardner v. Lucas*, [1878] 3 A.C. 582; *Hickson v. Darlow* (1883), 23 Ch. D. 690; *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 R.C.S. 413; *R. v. LeSarge* (1975), 26 C.C.C. (2d) 388; *R. v. MacGregor* (1978), 39 C.C.C. (2d) 401; *Surtees v. Ellison* (1829), 9 B. & C. 750; *R. v. The Leeds and Bradford Railway Co.* (1852), 18 Q.B. 343; *Re Athlumney* (1898), 2 Q.B. 547.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de Terre-Neuve, Division d'appel¹, accueillant l'appel interjeté de la décision du juge Noël² qui a rejeté un appel sur exposé de cause formé contre une déclaration de culpabilité en vertu de l'art. 236 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli, déclaration de culpabilité rétablie, les juges Ritchie et Estey étant dissidents.

David F. Hurley, pour l'appelante.

David C. Day, pour l'intimé.

¹ (1978), 15 Nfld. & P.E.I.R. 104.

² (1977), 14 Nfld. & P.E.I.R. 202.

The judgment of Ritchie and Estey JJ. was delivered by

RITCHIE J. (*dissenting*)—This is an appeal from a judgment of the Court of Appeal of Newfoundland allowing an appeal by the accused from a decision rendered by Mr. Justice Noel in answering in the negative a query posed by Magistrate Luther arising out of a case stated by him in relation to the effect of the amendments to s. 237 of the *Criminal Code* of Canada, which were enacted by the *Criminal Law Amendment Act*, 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 18, requiring that more than one sample of the breath of a person suspected of a breach of s. 236 of the *Code* be received into a breathalyzer and analysed by a technician whose certificate under the above amendment must be based on the analysis of more than one sample in order to qualify as *prima facie* evidence of its contents.

The case stated by Magistrate Luther is in the following terms:

STATED CASE

... I do hereby state and sign the following case for the opinion of the Trial Division of the Supreme Court of Newfoundland.

FACTS

1. On the 21st (sic)* day of June, A.D. 1976, an information was laid under oath before a Justice of the Peace in and for the Province of Newfoundland by Constable D. C. White of the Royal Canadian Mounted Police for 'that Mohamed Mustapha Ali (DB: 2 NOV 46) of 360 Empire Avenue, St. John's, Nfld. on the 22nd day of APR. A.D. 1976, at St. John's District, Newfoundland, did unlawfully have the care or control of a motor vehicle having consumed alcohol in such a quantity that the proportion thereof in his blood exceeded 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood, thereby committing an offence punishable on summary conviction, contrary to Section 236 of the *Criminal Code* of Canada'.
2. On the 5th day of May, A.D. 1977, following a trial on the 3rd day of August, A.D. 1976 and the 5th day of May, A.D. 1977, during which I received in evidence from Constable D. C. White and marked as an Exhibit 'D. C.W.1' a Certificate as described in Section 237(1)(f) of the *Criminal Code* in force on the 22nd day of April, A.D. 1976, which Certificate

Version française des motifs des juges Ritchie et Estey rendus par

LE JUGE RITCHIE (*dissident*)—Le présent pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve qui a accueilli un appel formé par l'accusé contre une décision du juge Noël qui a répondu par la négative à une question posée dans l'exposé de cause du magistrat Luther quant aux effets des modifications de l'art. 237 du *Code criminel* du Canada adoptées par la *Loi de 1975 modifiant le droit criminel*, 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 18. Ces modifications exigent le prélèvement de plus d'un échantillon de l'haleine d'une personne soupçonnée d'une violation de l'art. 236 du *Code* aux fins d'analyse par un technicien dont le certificat doit, en vertu de ladite modification, être fondé sur l'analyse de plus d'un échantillon de façon à constituer une preuve *prima facie* de son contenu.

Voici l'exposé de cause du magistrat Luther:

[TRADUCTION] EXPOSÉ DE CAUSE

Voici l'exposé de cause que je sou mets à l'opinion de la Division de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve.

LES FAITS

1. Le 21 (sic)* juin 1976, une dénonciation sous serment a été déposée devant un juge de paix dans la province de Terre-Neuve par le constable D. C. White de la Gendarmerie royale du Canada alléguant que «Mohamed Mustapha Ali (DN: 2 NOV 46) du 360, avenue Empire, St-Jean (Terre-Neuve), le 22 AVRIL 1976, dans le district de St-Jean (Terre-Neuve), a illégalement eu la garde d'un véhicule à moteur alors que son taux d'alcoolémie dépassait 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang, contrairement à l'article 236 du *Code criminel* du Canada, commettant ainsi une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité».
2. Le 5 mai 1977, à la suite d'un procès qui a eu lieu le 3 août 1976 et le 5 mai 1977, au cours duquel j'ai admis en preuve de la part du constable D. C. White un certificat portant la cote «D.C.W. 1», conforme à l'alinéa 237(1)f) du *Code criminel* en vigueur le 22 avril 1976, lequel certificat déclarait notamment qu'à la date indiquée dans la dénonciation, savoir le 22

stated *inter alia* that on the date specified in the Information, namely the 22nd day of April, A.D. 1976, 'a sample' of the breath of the said Mohamed Mustapha Ali, Appellant, was received into a Borkenstein Breathalyzer Model 900A following which a qualified technician found that the proportion of alcohol in the blood of the said Mohamed Mustapha Ali, Appellant, exceeded 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood, the said Mohamed Mustapha Ali was convicted by me as charged in the Information referred to in paragraph 1 of the within Statement of Facts.

QUESTION OF LAW

1. Did I err in law in ruling that the amendments to Section 237 of the Criminal Code of Canada, enacted by the Criminal Law Amendment Act, 1975, Statutes of Canada 1974-75-76, Chapter 93, proclaimed in force on the 7th day of May, A.D. 1976 requiring that more than one sample of the breath of a person suspected of a breach of Section 236 of the Criminal Code of Canada be received into a Borkenstein Breathalyzer and analyzed by a qualified technician within the meaning of the Criminal Code, do not apply retrospectively to proof of a charge contrary to Section 236 of the Criminal Code of Canada arising on the 22nd day of April, A.D. 1976.

DATED at St. John's this 17th day of May, A.D. 1977.

*should be "1st".

As the stated case indicates, the circumstances in the present appeal were that the accused was apprehended on April 22, 1976 in charge of his motor vehicle at which time he was required to furnish a sample of his breath to the police in an approved breathalyzer in accordance with the provisions of s. 235 of the *Criminal Code* as it then provided. The certificate furnished after analysis of this sample indicated an alcohol content in the blood of more than 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood and had Mr. Ali been charged and tried on the day following his apprehension, the sample so procured would have constituted *prima facie* evidence of his blood content at the time of his apprehension. No information, however, was laid against the respondent until June 1st, of the same year, and in the intervening period the amendment to s. 237 of the *Criminal Code* referred to above was proclaimed as law.

avril 1976 «un échantillon» de l'haleine dudit Mohamed Mustapha Ali, appellant, a été prélevé à l'aide d'un appareil Borkenstein modèle 900A après quoi un technicien qualifié a établi que son taux d'alcoolémie dépassait 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang, j'ai déclaré ledit Mohamed Mustapha Ali coupable de l'infraction décrite à l'alinéa 1 du présent exposé des faits.

QUESTION DE DROIT

1. Ai-je commis une erreur de droit en décidant que les modifications de l'article 237 du Code criminel du Canada, adoptées par la Loi de 1975 modifiant le Code criminel, Statuts du Canada 1974-75-76, chapitre 93, proclamée en vigueur le 7 mai 1976, exigeant que plus d'un échantillon de l'haleine d'une personne soupçonnée d'une violation de l'article 236 du Code criminel du Canada soient prélevés dans un appareil Borkenstein et analysés par un technicien qualifié au sens du Code criminel, ne s'appliquent pas rétroactivement à la preuve d'une accusation portée en vertu de l'article 236 du Code criminel du Canada, qui vise une infraction commise le 22 avril 1976.

SIGNÉ à St-Jean, le 17^e jour de mai de l'An de grâce 1977.

*Devrait se lire «1^{er}».

Comme l'indique l'exposé de cause, les faits qui ont donné lieu au présent pourvoi sont les suivants. L'accusé a été arrêté le 22 avril 1976 alors qu'il avait la garde de son véhicule automobile. Il a dû fournir un échantillon d'haleine à la police dans un instrument approuvé conformément aux dispositions de l'art. 235 du *Code criminel* en vigueur à cette époque. Le certificat délivré après l'analyse de cet échantillon indiquait un taux d'alcoolémie supérieur à 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang et si M. Ali avait été accusé et jugé le lendemain de son arrestation, l'échantillon ainsi obtenu aurait constitué une preuve *prima facie* de la proportion d'alcool dans son sang au moment de son arrestation. Cependant la dénonciation n'a été déposée contre l'intimé que le 1^{er} juin de la même année et, dans l'intervalle, la modification de l'art. 237 du *Code criminel* mentionnée précédemment est entrée en vigueur.

The effect of the amendment to s. 237 of the *Criminal Code* is discussed in the reasons for judgment of this Court in *R. v. Noble*³, where it is said, at p. 634:

It is contended on behalf of the appellant that the combined effect of ss. 235 and 237 of the *Criminal Code* as amended by the *Criminal Code Amendment Act 1975, 1974-75-76* (Can.), c. 93, is that the certificate of a qualified technician based on the analysis of only one sample of breath, constitutes *of itself* evidence of the blood alcohol content of a person charged under s. 236 at the time of the alleged offence.

I have no doubt that, before the amendment above referred to, such a certificate was sufficient to create a rebuttable presumption as to the blood alcohol content of the blood of such a person but the question here at issue is whether the amendment has had the effect of requiring the certificate to be based on the analysis of two or more such samples before it can be acceptable as evidence of its contents without further proof.

And in concluding the Court said:

... what is at issue here is whether or not a technician's certificate based on the analysis of only one sample is, of itself, without further proof, *prima facie* evidence of the statements contained in it and this must depend on whether the rebuttable presumption accorded to such a certificate by s. 237, before the amendment, subsists under the section as amended or whether the new wording requires that the certificate be based upon two or more analyses before it can be accepted without further proof of its contents.

The effect of s. 237 both before and after the amendment is to establish the conditions under which the certificate of a qualified technician is admissible, without further evidence, as proof of the proportion of alcohol in the blood of the accused. These provisions are obviously designed to assist the Crown in proving its case, and as they serve to restrict the normal rights of the accused to cross-examination and saddle him with the burden of proving that the certificate does not accurately reflect his blood alcohol content at the time of the alleged offence, they are to be strictly construed and, where ambiguous, interpreted in favour of the accused.

In the present case, not only was the laying of the information against the respondent delayed for the period which I have mentioned, but the trial did not commence until August 3, 1976, where-

Les motifs de jugement de cette Cour dans l'arrêt *R. c. Noble*³, analysent l'effet de la modification de l'art. 237 du *Code criminel*. On peut lire à la p. 634:

On prétend au nom de l'appelante que l'effet combiné des art. 235 et 237 du *Code criminel*, modifiés par la *Loi de 1975 modifiant le droit criminel, 1974-75-76*, c. 93, est que le certificat d'un technicien qualifié, fondé sur l'analyse d'un seul échantillon d'haleine, constitue *en soi* la preuve de ce qu'était, lors de l'infraction alléguée, le taux d'alcoolémie d'une personne accusée en vertu de l'art. 236.

Nul doute qu'avant la modification précitée, pareil certificat suffisait à créer une présomption simple quant au taux d'alcoolémie de cette personne. Mais, en l'espèce, le litige porte sur le point de savoir si la loi modifiée exige que le certificat soit fondé sur l'analyse d'au moins deux échantillons pour être recevable comme preuve de son contenu, sans autre preuve.

Et en terminant, la Cour a dit:

... le problème qui se pose ici est de savoir si un certificat de technicien, fondé sur l'analyse d'un seul échantillon, est, en soi, sans autre preuve, une preuve *prima facie* de son contenu. Il faut donc déterminer si la présomption simple dont bénéficiait pareil certificat aux termes de l'art. 237 avant qu'il soit modifié, subsiste en vertu de l'article modifié ou si le nouveau texte exige que le certificat soit fondé sur deux analyses, ou plus, pour pouvoir être accepté sans autre preuve de son contenu.

Avant comme après sa modification, l'art. 237 fixe les conditions de recevabilité, sans autre preuve, d'un certificat de technicien qualifié comme preuve du taux d'alcoolémie du prévenu. Ces dispositions visent manifestement à faciliter la tâche du ministère public quand il présente sa preuve. Comme elles restreignent le droit normal du prévenu de contre-interroger et lui imposent le fardeau de prouver que le certificat ne reflète pas correctement son taux d'alcoolémie lors de l'infraction alléguée, elles doivent être interprétées strictement et, si elles sont ambiguës, elles doivent l'être en faveur de l'accusé.

Dans la présente affaire, non seulement le dépôt de la dénonciation contre l'intimé a-t-il été retardé pendant la période que j'ai mentionnée, mais encore le procès n'a pas commencé avant le 3 août

³ [1978] 1 S.C.R. 632.

³ [1978] 1 R.C.S. 632.

upon it appears to have then adjourned and was not concluded until May 5, 1977. The rules of evidence respecting the effect to be given to such a certificate as constituting *prima facie* proof of its contents had, however, been amended three months before the trial commenced and a year before it was concluded.

Unlike the case of *Noble*, the offence in the present case was allegedly committed before the amendment to s. 237 had been enacted, but the information was laid and the trial held subsequent thereto, and the question to be determined is whether a trial held after the amendment was proclaimed was to be governed by the statutory rules as to proof which were then in force or whether effect was to be given to the provisions of a statute which had long since been repealed. It is important to keep in mind the fact that the amendment in question in no way made any material alteration in the offence created by s. 236 with which the accused is charged. The amendment was concerned exclusively with the method of proof and the nature of the presumption created by the production of the technician's certificate, although the penalty was increased.

The proposed amendment had received Royal Assent on March 30, 1976, but it was not proclaimed until May 7, 1976, and it is therefore apparent that the Crown was alerted to the nature of the impending amendment at the time when the offence was allegedly committed in April. As I have pointed out, no information was laid until June 1, 1976, and no trial commenced until the 3rd of August of the same year. There is nothing in the stated case to indicate the date at which the technician's certificate was tendered in evidence and as far as the record is concerned it may have been at any time up to May 1977; but in any event, it was tendered in the course of a trial which was governed by the rules of evidence created and established by the amendment to s. 237.

The issue raised by this appeal turns upon whether the amendment in question can be considered as penal in nature or whether its only effect is to change the method of proof. In this regard I agree with the passage from the reasons for judgment of Mr. Justice Morgan in which he

1976. Il paraît alors avoir été ajourné pour se terminer seulement le 5 mai 1977. Les règles de preuve ayant trait à l'effet d'un tel certificat en tant que preuve *prima facie* de son contenu avaient cependant été modifiées trois mois avant le début du procès et un an avant sa conclusion.

A la différence de ce qui s'est passé dans l'affaire *Noble*, l'infraction dans la présente affaire aurait été commise avant l'adoption de la modification de l'art. 237, mais la dénonciation a été déposée et le procès a eu lieu après son entrée en vigueur et il s'agit de savoir si un procès qui a eu lieu après la proclamation de la modification devait être régi par les règles de preuve alors en vigueur ou si l'on devait donner effet aux dispositions d'une loi depuis longtemps abrogée. Il importe de se rappeler que la modification dont il s'agit n'a changé aucune des conditions matérielles de l'infraction créée par l'art. 236 qu'on invoque contre l'accusé. La modification porte seulement sur le moyen de preuve et la nature de la présomption que crée la production du certificat du technicien, bien que la peine ait été augmentée.

La modification a reçu la sanction royale le 30 mars 1976, mais elle n'a été proclamée que le 7 mai 1976 et il est donc manifeste que le ministère public était au courant de la modification imminente au moment où l'infraction a, allègue-t-on, été commise en avril. Comme je l'ai signalé, ce n'est que le 1^{er} juin 1976 que la dénonciation a été déposée et le 3 août suivant que le procès a commencé. Rien dans l'exposé de cause n'indique à quelle date le certificat du technicien a été produit et, en ce qui regarde le dossier, cela aurait même pu avoir lieu en mai 1977; quoi qu'il en soit, il a été produit au cours d'un procès qui était régi par les règles de preuve créées et établies par la modification de l'art. 237.

La question que soulève ce pourvoi est celle de savoir si la modification en question peut être considérée comme étant de nature pénale ou si son seul effet est de changer le mode de preuve. A cet égard, je suis d'accord avec le passage des motifs de jugement du juge Morgan où il conclut que les

concludes that the present circumstances are governed by the judgment of this Court in *Howard Smith Paper Mills v. The Queen*⁴. Mr. Justice Morgan put the matter thus:

An example of a procedural alteration that was construed as retrospective may be found in *Howard Smith Paper Mills v. The Queen* (1957) 118 C.C.C. 321. In that case one of the questions the Supreme Court of Canada was asked to consider was whether Sec. 41 of the Combines Investigation Act R.S.C. 1952 Ch. 314 as enacted by 1949 (Second Session) Ch. 12 section 3 and as amended by 1952 (Can.) c. 39, S8 was applicable in a prosecution for breaches of that Act which occurred before the repeal of that section and its reenactment in a slightly different form. In his reasons for judgment Cartwright J. at p. 337 held that Sec. 41 was retrospective for the following reasons:

While s. 41 makes a revolutionary change in the law of evidence, it creates no offence, it takes away no defence, it does not render criminal any course of conduct which was not already so declared before its enactment, it does not alter the character or legal effect of any transaction already entered into; it deals with a matter of evidence only and, in my opinion, the learned trial Judge was right in holding that it applied to the trial of the charge before him. (See 1957 S.C.R. 403 at 420.)

These reasons are equally applicable in the construction of the section with which we are here concerned.

In the present case the appellant contended that by giving effect to the provisions of the amended section as controlling a trial which took place after the amendment in relation to an offence alleged to have been committed prior to its enactment, the Court of Appeal was according retrospective effect to a penal statute and in this regard reliance was placed on the reasons for judgment of the Ontario Court of Appeal in *R. v. LeSarge*⁵, in which case the Court was considering the effect of amendments to the *Protection of Privacy Act*, 1973-74 (Can.), c. 50, and finding them to be penal in character, ruled against any retrospective effect being given to them. In the course of the reasons for judgment which he delivered on behalf of the Court in that case, Mr. Justice Houlden observed at p. 395:

circonstances de la présente affaire sont régies par l'arrêt de cette Cour dans *Howard Smith Paper Mills c. La Reine*⁴. Le juge Morgan a écrit:

[TRADUCTION] On peut trouver dans l'arrêt *Howard Smith Paper Mills v. The Queen* (1957) 118 C.C.C. 321, un exemple d'une modification portant sur la procédure qu'on a interprétée de façon rétroactive. Dans cette affaire, une des questions que l'on posait à la Cour suprême du Canada était de savoir si l'art. 41 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1952, chap. 314, adopté par 1949 (2^e session) chap. 12, art. 3 et modifié par 1952 (Can.) chap. 39, art. 8, s'appliquait à une poursuite pour des violations de cette loi survenues avant l'abrogation de cet article et sa réadoption sous une forme légèrement différente. Dans ses motifs de jugement, le juge Cartwright, à la p. 337, a conclu que l'art. 41 était rétroactif pour les motifs suivants:

Bien que l'art. 41 entraîne une modification majeure du droit de la preuve, il ne crée aucune infraction, il n'écarte aucun moyen de défense, il n'incrimine aucune conduite qui ne l'était pas déjà avant son adoption, il ne modifie la nature ou l'effet juridique d'aucune opération déjà complétée; il porte uniquement sur une question de preuve et, à mon avis, le savant juge de première instance a eu raison de conclure qu'il s'appliquait au procès sur l'accusation dont il était saisi. (Voir 1957 R.C.S. 403, à la p. 420.)

Ces motifs s'appliquent également à l'interprétation de l'article qui nous occupe.

Dans la présente affaire l'appelante a soutenu qu'en donnant aux dispositions de l'article modifié l'effet de régir un procès qui a eu lieu après la modification au sujet d'une infraction qui aurait été commise avant son adoption, la Cour d'appel donnait un effet rétroactif à une loi pénale et, à cet égard, on s'est fondé sur les motifs de jugement de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. LeSarge*⁵. Dans cette affaire, la Cour d'appel examinait l'effet de modifications apportées à la *Loi sur la protection de la vie privée*, 1973-74 (Can.), chap. 50, et, les jugeant de nature pénale, elle a refusé de leur accorder un effet rétroactif. Dans les motifs de jugement qu'il a rendus au nom de la Cour, le juge Houlden a écrit à la p. 395:

⁴ [1957] S.C.R. 403.

⁵ (1975), 26 C.C.C. (2d) 388.

⁴ [1957] R.C.S. 403.

⁵ (1975), 26 C.C.C. (2d) 388.

There is a well-established principle of statutory interpretation that penal legislation is ordinarily not to be given a retrospective effect: 36 Hals., 3rd ed., p. 425, para. 645. On the other hand, there is an equally well-established principle of statutory interpretation that a statute which deals with matters of procedure *only* is ordinarily to be given a retrospective application: Maxwell, *Interpretation of Statutes*, 12th ed. (1969), p. 222. In the present case, the *Protection of Privacy Act* does not deal with procedural matters *only*. Rather, it creates three new substantive offences, namely: wilful interception of a private conversation (s. 178.11(1)); possessing, selling or purchasing a device for surreptitious interception of a private communication (s. 178.18(1)); and wilful disclosure of information obtained by interception of a private communication (s. 178.2(1)). Section 178.16 is so inextricably bound up with the substantive provisions of the *Protection of Privacy Act* that, in my opinion, it cannot be given a retrospective operation.

In the present case, as in the case of *Howard Smith* the amendment has created "no offence, it takes away no defence, it does not render criminal any course of conduct which was not already so declared before its enactment" and I am satisfied that the only change effected by the amendment was a change in the mode of proof so that the rebuttable presumption created by the production of a technician's certificate did not arise unless more than one sample had been analysed, whereas before the amendment a technician's certificate based on only one sample was sufficient to raise a presumption as to proof of its contents.

The case of *R. v. MacGregor*⁶, was cited on behalf of the Crown as authority for the contention that the amendment to s. 237 was prospective and in this regard Mr. Justice Clement, speaking for the majority of the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta observed:

Thus, the three sections operate together. Section 236 has not been altered in any aspect relevant here, and the certificate was effective proof, *at the time the charge was laid*, of the commission of the offence. Sections 235 and 237 have been altered only to require more than one sample to be given and dealt with. I cannot discern in the amendments any intention of Parliament to obliterate the statutory evidence proving commission of the

⁶ (1978), 39 C.C.C. (2d) 401.

[TRADUCTION] Il existe un principe bien établi d'interprétation des lois en vertu duquel la législation pénale ne doit ordinairement pas s'interpréter de façon rétroactive: 36 Hals., 3^e éd., p. 425, par. 645. Par ailleurs, il existe un principe d'interprétation des lois également bien établi qu'une loi qui traite *seulement* de questions de procédure doit ordinairement s'appliquer de façon rétroactive: Maxwell, *Interpretation of Statutes*, 12^e éd. (1969), p. 222. Dans la présente affaire, la *Loi sur la protection de la vie privée* ne traite pas *seulement* de questions de procédure. Elle crée plutôt trois nouvelles infractions, savoir: l'interception volontaire d'une communication privée (par. 178.11(1)); la possession, la vente ou l'achat d'un dispositif utile à l'interception clandestine des communications privées (par. 178.18(1)); et la divulgation volontaire de renseignements obtenus par l'interception d'une communication privée (par. 178.2(1)). L'article 178.16 est si intimement lié aux dispositions de fond de la *Loi sur la protection de la vie privée* qu'à mon avis on ne peut lui donner un effet rétroactif.

Dans la présente affaire, comme dans l'affaire *Howard Smith*, la modification n'a créé «aucune infraction, elle n'écarte aucun moyen de défense, elle n'incrimine aucune conduite qui ne l'était pas déjà avant son adoption» et je suis convaincu que le seul changement qu'effectue la modification porte sur le mode de preuve, de sorte que la présomption simple que crée la production d'un certificat de technicien n'existe plus à moins que l'analyse ne se fonde sur plus d'un échantillon, alors qu'avant la modification un certificat de technicien fondé sur un seul échantillon était suffisant pour créer une présomption quant à la preuve de son contenu.

L'arrêt *R. v. MacGregor*⁶, a été cité par le ministère public à l'appui de la proposition que la modification de l'art. 237 devait avoir effet pour l'avenir seulement et à cet égard le juge Clement, au nom de la majorité de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta, a fait observer:

[TRADUCTION] Ainsi, les trois articles s'appliquent ensemble. L'article 236 n'a été modifié sous aucun aspect important en l'espèce et le certificat constituait, *au moment où l'accusation a été portée*, une preuve efficace de la perpétration de l'infraction. Les articles 235 et 237 ont été modifiés seulement pour exiger le prélèvement et l'analyse de plus d'un échantillon. Je ne peux voir dans ces modifications aucune intention de la

⁶ (1978), 39 C.C.C. (2d) 401.

offence, which was effective *for the purpose at the time*. In my opinion, the amendments are prospective in operation, not intended to frustrate the prosecution of offences already committed. In this I find support in *R. v. LeSarge* (1975), 26 C.C.C. (2d) 388. I would dismiss the appeal.

[The italics are my own.]

Apart altogether from the complicated considerations of the correct categorization of this statute as being either procedural or substantive, there is a much more direct approach to the issue raised here. Parliament has evidently amended s. 237 by replacing the right to prove certain matters by one breath sample analysis with an obligation on the enforcement authorities to make two breath sample analyses as the basis of proof. It is obvious that in the view of Parliament, the exposure of the citizen to conviction of a serious criminal offence should not be based on the risks of error flowing from a single test. Rather it was Parliament's view that a double sampling was necessary to complete the process of conviction. This Parliament had announced in the form of an effective law prior to the laying of the charge against the respondent. Thus the prosecution, in proving the charge, must conform to the statute as it existed at the time the charge was laid. Otherwise the accused is not, in the view of Parliament, to be found guilty of the offence as charged. Against this clear result brought about by the action of Parliament prior to the laying of the charge against the appellant, the subtleties of the *Interpretation Act* provisions relating to repealed and amended statutes are of no avail. The guilt or innocence of the accused under these circumstances must flow directly from the plain meaning of the *Code* provision as it existed when the prosecution laid the charge.

Different considerations might well apply if the charge in the present case had been laid before the date of the amendment, but as I have pointed out, the information was in fact not laid until three

part du Parlement de faire disparaître le preuve statutaire de la perpétration de cette infraction qui était efficace *pour cette fin à cette époque*. A mon avis, les modifications s'appliquent pour l'avenir et ne sont pas conçues pour entraver la poursuite d'infractions déjà commises. Cette proposition est appuyée par *R. v. LeSarge* (1975), 26 C.C.C. (2d) 388. Je suis d'avis de rejeter l'appel.

[Les italiques sont de moi.]

Indépendamment de la question complexe de savoir s'il faut considérer cette loi comme un texte de procédure ou comme un texte de fond, il existe une façon beaucoup plus directe d'aborder la question soulevée ici. Le Parlement a évidemment modifié l'art. 237 en remplaçant le droit de prouver certains faits au moyen d'une seule analyse d'échantillon d'haleine, par l'obligation pour ceux qui sont chargés de l'application de la loi de fonder leur preuve sur deux analyses d'échantillons d'haleine. Il est manifeste que de l'avis du Parlement, un citoyen ne devrait pas être exposé à une déclaration de culpabilité d'une infraction criminelle grave par suite d'une seule analyse et des risques d'erreur qu'elle comporte. Le Parlement était plutôt d'avis que le prélèvement de deux échantillons était nécessaire avant de pouvoir prononcer une déclaration de culpabilité. Le Parlement a annoncé cette intention par une loi qui est entrée en vigueur avant le dépôt de l'accusation contre l'intimé. Ainsi la poursuite, pour prouver l'accusation, doit se conformer à la loi telle qu'elle existait au moment où l'accusation a été portée. Autrement, l'accusé ne doit pas, suivant l'intention du Parlement, être déclaré coupable de l'infraction reprochée. Les subtilités des dispositions de la *Loi d'interprétation* ayant trait à l'abrogation et à la modification des lois ne sauraient prévaloir contre le résultat clair qu'a entraîné cette mesure du Parlement avant le dépôt de l'accusation contre l'appelant. Dans ces circonstances, la culpabilité ou l'innocence de l'accusé doit dépendre du sens ordinaire de la disposition du *Code* telle qu'elle existait lorsque la poursuite a porté l'accusation.

Des considérations différentes pourraient bien s'appliquer si la présente accusation avait été portée avant la date de la modification, mais, comme je l'ai signalé, la dénonciation n'a été

weeks after the amendment had been proclaimed and this circumstance, in my view, serves to distinguish the present case from that of *R. v. MacGregor* which in turn was based on the case of *R. v. Bourassa*⁷.

As I have indicated, I am of opinion that the amendment here in question was procedural and evidentiary and carried no penal consequences such as those referred to in the case of *R. v. LeSarge*.

In view of all the above, I would dismiss this appeal.

The judgment of Pigeon, Dickson, Beetz, Pratte and McIntyre JJ. was delivered by

PRATTE J.—The facts of the case and the question of law that arises therefrom are as set out in the case that was stated by His Honour Magistrate Luther for the opinion of the Trial Division of the Supreme Court of Newfoundland pursuant to s. 762 of the *Criminal Code*:

FACTS

1. On the 21st day [should read 1st] of June, A.D. 1976, an information was laid under oath before a Justice of the Peace in and for the Province of Newfoundland by Constable D.C. White of the Royal Canadian Mounted Police for "that Mohamed Mustapha Ali (DB: 2 NOV 46) of 360 Empire Avenue, St. John's, Nfld. on the 22nd day of APR. A.D. 1976, at St. John's District, Newfoundland, did unlawfully have the care or control of a motor vehicle having consumed alcohol in such a quantity that the proportion thereof in his blood exceeded 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood, thereby committing an offence punishable on summary conviction, contrary to Section 236 of the Criminal Code of Canada".
2. On the 5th day of May, A.D. 1977, following a trial on the 3rd day of August, A.D. 1976 and the 5th day of May, A.D. 1977, during which I received in evidence from Constable D.C. White and marked as an Exhibit "D.C.W. 1" a Certificate as described in Section 237(1)(f) of the Criminal Code in force on the 22nd day of April, A.D. 1976, which Certificate stated *inter alia* that on the date specified in the Information, namely the 22nd day of April, A.D. 1976, "a sample" of the breath of the said Mohamed Mustapha Ali, Appellant, was received into a Borken-

⁷ (1978), 38 C.C.C. (2d) 110.

déposée que trois semaines après la date de la proclamation de la modification et, à mon avis, ce fait distingue la présente espèce de l'affaire *R. v. MacGregor* où l'on a rendu un arrêt sur *R. v. Bourassa*⁷.

Comme je l'ai indiqué, je suis d'avis que la modification en l'espèce vise une question de procédure et de preuve et n'a aucune des conséquences pénales mentionnées dans l'arrêt *R. v. LeSarge*.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française du jugement des juges Pigeon, Dickson, Beetz, Pratte et McIntyre rendu par

LE JUGE PRATTE—Les faits de l'affaire et la question de droit qu'ils soulèvent figurent dans l'exposé de cause que le magistrat Luther a adressé à la Division de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve, conformément à l'art. 762 C. cr.:

[TRADUCTION] LES FAITS

1. Le 21 (on devrait lire le 1^{er}) juin 1976, une dénonciation sous serment a été déposée devant un juge de paix dans la province de Terre-Neuve par le constable D.C. White de la Gendarmerie royale du Canada alléguant que «Mohamed Mustapha Ali (DN: 2 NOV 46) du 360, avenue Empire, St-Jean (Terre-Neuve), le 22 AVRIL 1976, dans le district de St-Jean (Terre-Neuve), a illégalement eu la garde d'un véhicule à moteur alors que son taux d'alcoolémie dépassait 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang, contrairement à l'article 236 du Code criminel du Canada, commettant ainsi une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité».
2. Le 5 mai 1977, à la suite d'un procès qui a eu lieu le 3 août 1976 et le 5 mai 1977, au cours duquel j'ai admis en preuve de la part du constable D.C. White un certificat portant la cote «D.C.W. 1», conforme à l'alinéa 237(1)f) du Code criminel en vigueur le 22 avril 1976, lequel certificat déclarait notamment qu'à la date indiquée dans la dénonciation, savoir le 22 avril 1976 «un échantillon» de l'haleine dudit Mohamed Mustapha Ali, appellant, a été prélevé à l'aide d'un appareil Borkenstein modèle 900A après quoi un technicien qualifié a établi que son taux d'alcoolémie

⁷ (1978), 38 C.C.C. (2d) 110.

stein Breathalyzer Model 900A following which a qualified technician found that the proportion of alcohol in the blood of the said Mohamed Mustapha Ali, Appellant, exceeded 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood, the said Mohamed Mustapha Ali was convicted by me as charged in the Information referred to in paragraph 1 of the within Statement of Facts.

QUESTION OF LAW

1. Did I err in law in ruling that the amendments to Section 237 of the Criminal Code of Canada, enacted by the Criminal Law Amendment Act, 1975, Statutes of Canada 1974-75-76, Chapter 93, proclaimed in force the 7th day of May, A.D. 1976 requiring that more than one sample of the breath of a person suspected of a breach of Section 236 of the Criminal Code of Canada be received into a Borkenstein Breathalyzer and analyzed by a qualified technician within the meaning of the Criminal Code, do not apply retrospectively to proof of a charge contrary to Section 236 of the Criminal Code of Canada arising on the 22nd day of April, A.D. 1976.

By the *Criminal Law Amendment Act, 1975* (Can.), (23-24-25 Eliz. II, c. 93, "The Amendment Act") many provisions of the *Criminal Code* were amended or replaced, including ss. 235, 236 and 237 which are companion provisions relating to the offence created by s. 236 of driving a motor vehicle with more than a specified proportion of alcohol in the blood.

The amendments to s. 235 were primarily designed to give police officers the right to require more than one sample of breath from a person suspected of a breach of ss. 234 or 236; prior to the amendments, only one sample could be required from a person suspected of having committed the offence described in s. 234.

Section 236 is the main substantive provision; it is creative of the offence and while it was amended by the *Amendment Act*, it is common ground that the amendments are of no moment for the purpose of this case.

Section 237 deals essentially with the conditions under which a certificate of a qualified technician shall constitute *prima facie* evidence of its contents as to the proportion of alcohol in the blood of an

dépassait 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang, j'ai déclaré ledit Mohamed Mustapha Ali coupable de l'infraction décrite à l'alinéa 1 du présent exposé des faits.

QUESTION DE DROIT

1. Ai-je commis une erreur de droit en décidant que les modifications de l'article 237 du Code criminel du Canada, adoptées par la Loi de 1975 modifiant le Code criminel, Statuts du Canada 1974-75-76, chapitre 93, proclamée en vigueur le 7 mai 1976, exigeant que plus d'un échantillon de l'haleine d'une personne soupçonnée d'une violation de l'article 236 du Code criminel du Canada soient prélevés dans un appareil Borkenstein et analysés par un technicien qualifié au sens du Code criminel, ne s'appliquent pas rétroactivement à la preuve d'une accusation portée en vertu de l'article 236 du Code criminel du Canada, qui vise une infraction commise le 22 avril 1976.

En vertu de la *Loi de 1975 modifiant le droit criminel* (Can.), (23-24-25 Eliz. II, chap. 93, «la Loi modificatrice»), plusieurs dispositions du *Code criminel* ont été modifiées ou remplacées, dont les art. 235, 236 et 237 qui sont des dispositions complémentaires ayant trait à l'infraction créée par l'art. 236 visant la conduite d'un véhicule à moteur alors que le taux d'alcoolémie dépasse un certain degré.

Les modifications de l'art. 235 ont été conçues d'abord pour donner aux policiers le droit d'exiger plus d'un échantillon de l'haleine d'une personne soupçonnée d'une violation des art. 234 ou 236; avant les modifications, on ne pouvait exiger qu'un échantillon d'une personne soupçonnée d'avoir commis l'infraction décrite à l'art. 234.

L'article 236 est la disposition de fond principale; elle crée l'infraction et, bien qu'elle ait été modifiée par la *Loi modificatrice*, on s'entend pour dire que les modifications n'ont rien à voir avec la présente affaire.

L'article 237 traite essentiellement des conditions auxquelles un certificat d'un technicien qualifié peut constituer une preuve *prima facie* de son contenu quant au taux d'alcoolémie d'un prévenu;

accused; prior to the amendment, the analysis of only one sample of breath was a sufficient basis for such a certificate; since the amendment, the certificate must be based upon not less than two samples before it may be accepted without further proof of its contents. (See *R. v. Noble*⁸.)

The *Amendment Act* was assented to on March 30, 1976 and it provided that it was to come into force on a day or days to be fixed by proclamation.

The amendments to ss. 235 and 237 that are relevant here came into force on April 26, 1976 and May 7, 1976 respectively.

The offence with which the respondent was charged was allegedly committed on April 22, 1976, after the passing of the *Amendment Act* and before the relevant amendments came into effect; however, these amendments had been proclaimed in force when the charge was laid and when the trial took place.

The question to be determined is whether the amendment to s. 237 of the *Code* requiring that a certificate be based on not less than two samples of breath (rather than one) is applicable to an offence against s. 236 that was committed when only one sample was required, where the charge was laid and the trial took place after the amendment had come into effect.

His Honour Magistrate Luther, before whom the trial took place, held that the amendments to s. 237 did not apply retrospectively and he convicted the respondent of the offence with which he was charged.

The conviction was appealed to the Supreme Court of Newfoundland, Trial Division, upon the stated case and the appeal was dismissed by judgment dated September 8, 1977 (Noel J.).

This judgment was appealed (with leave) to the Supreme Court of Newfoundland, Court of Appeal, which by a unanimous decision of February 8, 1978, allowed the appeal, answered the

⁸ [1978] 1 S.C.R. 632.

avant la modification, l'analyse d'un seul échantillon d'haleine suffisait pour un tel certificat; depuis la modification, le certificat doit se fonder sur au moins deux échantillons avant qu'on puisse l'accepter sans preuve supplémentaire de son contenu. (Voir *R. c. Noble*⁸.)

La *Loi modificatrice* a été sanctionnée le 30 mars 1976 et elle prévoyait qu'elle devait entrer en vigueur à la date fixée par proclamation.

Les modifications des art. 235 et 237 qui nous intéressent sont entrées en vigueur le 26 avril 1976 et le 7 mai 1976, respectivement.

L'infraction dont l'intimé est accusé aurait été commise le 22 avril 1976, après l'adoption de la *Loi modificatrice* et avant l'entrée en vigueur des modifications pertinentes; cependant, ces modifications avaient été proclamées en vigueur lorsque l'accusation a été portée et lorsque le procès a eu lieu.

La question à trancher est celle de savoir si la modification de l'art. 237 *C. cr.* exigeant qu'un certificat se fonde sur au moins deux échantillons d'haleine (plutôt qu'un seul) s'applique à une infraction visée à l'art. 236 qui a été commise à une époque où l'on exigeait un seul échantillon, alors que l'accusation a été portée et le procès a eu lieu après l'entrée en vigueur de la modification.

Le magistrat Luther, qui a présidé le procès, a jugé que les modifications de l'art. 237 ne s'appliquaient pas rétroactivement et il a déclaré l'intimé coupable de l'infraction dont il était accusé.

La déclaration de culpabilité a été portée en appel par exposé de cause à la Cour suprême de Terre-Neuve, Division de première instance, et l'appel a été rejeté par un jugement en date du 8 septembre 1977 (le juge Noel).

Ce jugement a été porté en appel (avec autorisation) à la Cour suprême de Terre-Neuve, Cour d'appel, qui par un arrêt unanime en date du 8 février 1978, a accueilli l'appel, a donné une

⁸ [1978] 1 R.C.S. 632.

question in the affirmative and consequently quashed the conviction.

The basis of this decision of the Court of Appeal is found in the following passages of the reasons of Chief Justice Furlong and of Morgan J.A.; Chief Justice Furlong said:

The nature of the offence with which the appellant was charged has not been altered by the amendment. The nature of the evidence which is required to sustain the charge has been varied. Thus it is impossible to regard the amendment as anything other than procedural in character. This then brings into operation the exception to the general rule against retrospection; there is nothing in the amending statute to limit its applicability to future offences, and I am satisfied that it applies to offences against S. 236 whenever they occurred.

Morgan J.A., whose reasons were concurred in by Gushue J.A., expressed the same view as follows:

In my view Sec. 237 is worded generally so as to operate retrospectively as well as prospectively. It is a procedural provision providing for the admissibility of evidence before a Court when the matter is heard. It applies to future hearings after the amending sections are proclaimed in force and it applies even though the hearing is in respect of matters that arose before the sections were proclaimed in force.

The decision of the Court of Appeal is attacked on several grounds which may be summarized as follows: (a) the relevant amendments to s. 237 of the *Code* are not purely procedural in character and should not therefore, in the absence of any adequate indication by Parliament, be construed to operate retrospectively and (b) even if the relevant amendments to s. 237 were purely procedural in character, they should not be construed to operate retrospectively because Parliament has clearly expressed its intent to the contrary.

I propose to deal first with this second ground of attack, assuming therefore—but without deciding—that the Court of Appeal was correct when it characterized the amendments to s. 237 as purely procedural.

réponse affirmative à la question et a par conséquent annulé la déclaration de culpabilité.

Le fondement de l'arrêt de la Cour d'appel se trouve dans les passages suivants des motifs du juge en chef Furlong et du juge Morgan. Le juge en chef Furlong a dit:

[TRADUCTION] La nature de l'infraction dont on a accusé l'appelant n'a pas été changée par la modification. La nature de la preuve que l'on exige pour fonder l'accusation a été modifiée. Il est donc impossible de considérer la modification comme ayant un caractère autre que celui d'une disposition de procédure. Cela fait donc jouer l'exception à la règle générale contre la rétroactivité; rien dans la loi modificatrice ne limite son application aux infractions futures et je suis persuadé qu'elle s'applique aux infractions visées à l'art. 236 quelle que soit l'époque où elles ont été commises.

Le juge Morgan, dont les motifs ont reçu l'accord du juge Gushue, a exprimé le même point de vue:

[TRADUCTION] Selon moi, le texte de l'art. 237 est général de sorte qu'il s'applique rétroactivement aussi bien que pour l'avenir. Il s'agit d'une disposition de procédure qui prévoit l'admissibilité de la preuve devant un tribunal au moment du procès. Il s'applique à des procès futurs tenus après l'entrée en vigueur des articles modificateurs et il s'applique même si le procès a trait à des faits qui sont survenus avant l'entrée en vigueur des articles.

On soulève contre l'arrêt de la Cour d'appel plusieurs moyens qui peuvent se résumer comme suit: a) les modifications pertinentes de l'art. 237 *C. cr.* n'ont pas purement la nature de dispositions de procédure et ne devraient donc pas, en l'absence d'une indication suffisante de la part du Parlement, être interprétées de manière à s'appliquer rétroactivement et b) même si les modifications pertinentes de l'art. 237 *C. cr.* ont purement la nature de dispositions de procédure, on ne doit pas les interpréter de façon qu'elles s'appliquent rétroactivement parce que le Parlement a clairement exprimé une intention contraire.

Je traiterai d'abord de ce second moyen en présumant—mais sans trancher la question—que la Cour d'appel a eu raison de dire que les modifications de l'art. 237 *C. cr.* sont purement des dispositions de procédure.

It is not in dispute that the rule as to the retrospective operation of procedural statutes is not absolute; it is only a guide that is intended to assist in the determination of the true intent of Parliament which is the main objective of statutory construction. This presumption in favour of the retrospective operation of procedural enactments must therefore yield to the contrary intent of Parliament; a procedural statute shall not be construed retrospectively when Parliament has expressed its intention to the contrary (see *Moon v. Durden*⁹, per Parke B., at pp. 42 and 43; *Kimbray v. Draper*¹⁰, per Blackburn J., as he then was, at pp. 162 and 163; *Republic of Costa Rica v. Erlanger*¹¹, per Mellish L. J. at p. 69; *Gardner v. Lucas*¹², per Lord Blackburn at p. 603.

Given the assumption afore-mentioned, the simple question for determination is whether Parliament has indicated its intent that the amendments to s. 237 should operate prospectively only. The language used by Parliament should first be examined.

The relevant parts of s. 237 as they existed before ("the old s. 237") and after ("the new s. 237") the *Amendment Act* are reproduced hereafter side by side with the amended portions being emphasized for ease of comparison:

| <i>Before</i> | <i>After</i> |
|---|--|
| 237. (1) In any proceedings under section 234 or 236, ... (c) where <i>a sample</i> of the breath of the accused has been taken pursuant to a demand made under subsection 235(1), if (i) not proclaimed (ii) <i>the sample</i> was taken as soon as practicable after the time when the offence was alleged to | 237. (1) In any proceedings under section 234 or 236, ... (c) where <i>samples</i> of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 235(1), if (i) not proclaimed (ii) <i>each sample</i> was taken as soon as practicable after the time when the offence was alleged to |

On ne conteste pas que la règle de l'application rétroactive des lois de procédure n'est pas absolue; il s'agit seulement d'un guide qui a pour but d'aider à découvrir la véritable intention du Parlement, ce qui est l'objet principal de l'interprétation des lois. La présomption favorable à l'application rétroactive de loi de procédure cède donc le pas à l'intention contraire du Parlement; une loi régissant une procédure ne doit pas être considérée rétroactive lorsque le Parlement a exprimé une intention contraire (voir *Moon v. Durden*⁹, le baron Parke, aux pp. 42 et 43; *Kimbray v. Draper*¹⁰, le juge Blackburn, aux pp. 162 et 163; *Republic of Costa Rica v. Erlanger*¹¹, le lord juge Mellish, à la p. 69; *Gardner v. Lucas*¹², lord Blackburn, à la p. 603.

Etant donné cette présomption, il faut simplement déterminer si le Parlement a exprimé l'intention que les modifications de l'art. 237 *C. cr.* n'aient d'effet que pour l'avenir. Pour ce faire, il faut d'abord examiner le texte des articles.

Je vais reproduire en italique, en les disposant côte à côte, les modifications pour faciliter la comparaison, les parties pertinentes de l'art. 237 *C. cr.* telles qu'elles existaient avant («l'ancien art. 237 *C. cr.*») et après («le nouvel art. 237 *C. cr.*») l'entrée en vigueur de la *Loi modificatrice*:

| <i>Avant</i> | <i>Après</i> |
|---|--|
| 237. (1) Dans toutes procédures en vertu de l'article 234 ou 236, ... c) lorsqu' <i>un échantillon</i> de l'haleine du prévenu a été prélevé conformément à une sommation faite en vertu du paragraphe 235(1), (i) non proclamé (ii) si <i>l'échantillon</i> a été prélevé dès qu'il a été matériellement possible de | 237. (1) Dans toutes procédures en vertu de l'article 234 ou 236, ... c) lorsque des <i>échantillons</i> de l'haleine du prévenu ont été prélevés conformément à une sommation faite en vertu du paragraphe 235(1), (i) non proclamé (ii) si <i>chaque échantillon</i> a été prélevé dès qu'il a été matériellement possi- |

⁹ [1848] 2 Ex. 22.

¹⁰ (1868), L.R. 3 Q.B. 160.

¹¹ [1876] 3 Ch. D. 62.

¹² [1878] 3 A.C. 582.

⁹ [1848] 2 Ex. 22.

¹⁰ (1868), L.R. 3 Q.B. 160.

¹¹ [1876] 3 Ch. D. 62.

¹² [1878] 3 A.C. 582.

have been committed and in any event not later than two hours after that time,

(iii) *the sample* was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by a qualified technician, and

(iv) a chemical analysis of *the sample* was made by means of an approved instrument operated by a qualified technician,

evidence of *the result* of the chemical *analysis* so made is, in the absence of any evidence to the contrary, proof of the proportion of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed;

(d) ...
(not relevant)

(e) ...
(not relevant)

(f) where a *sample* of the breath of the accused has been taken pursuant to a demand made under subsection 235(1), a certificate of a qualified technician stating

(i) that a *chemical analysis* of *the sample* has been made by means of an approved instrument oper-

have been committed and in any event not later than two hours after that time, with an interval of at least fifteen minutes between the times when *the samples* were taken,

(iii) *each sample* was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by a qualified technician, and

(iv) a chemical analysis of *each sample* was made by means of an approved instrument operated by a qualified technician,

evidence of *the results* of the chemical *analyses* so made is, in the absence of any evidence to the contrary, proof that the proportion of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed was, where the *results* of the *analyses* are the same, the proportion determined by such *analyses* and, where the *results* of the *analyses* are different, the lowest of the proportions determined by such *analyses*;

(d) ...
(not relevant)

(e) ...
(not relevant)

(f) where *samples* of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 235(1), a certificate of a qualified technician stating

(i) that *each chemical analysis* of *the samples* has been made by means of an approved instrument

le faire après le moment où l'infraction est alléguée avoir été commise et, de toute façon, pas plus de deux heures après ce moment,

(iii) si l'*échantillon* a été reçu de l'accusé directement dans un contenant approuvé ou dans un instrument approuvé manipulé par un technicien qualifié, et

(iv) si une analyse chimique de l'*échantillon* a été faite à l'aide d'un instrument approuvé, manipulé par un technicien qualifié,

la preuve *du résultat* de l'*analyse* chimique ainsi faite fait preuve, en l'absence de toute preuve contraire, de la proportion d'alcool dans le sang du prévenu au moment où l'infraction est alléguée avoir été commise;

d) ...
(non pertinent)

e) ...
(non pertinent)

f) lorsqu'un *échantillon* de l'haleine du prévenu a été prélevé conformément à une sommation faite en vertu du paragraphe 235(1), un certificat d'un technicien qualifié énonçant

(i) qu'une *analyse chimique* de l'*échantillon* a été faite à l'aide d'un instrument approuvé manipulé

ble de le faire après le moment où l'infraction est alléguée avoir été commise et, de toute façon, pas plus de deux heures après ce moment, le *second* l'ayant été au moins quinze minutes après le premier,

(iii) si *chaque échantillon* a été reçu de l'accusé directement dans un contenant approuvé ou dans un instrument approuvé, manipulé par un technicien qualifié, et

(iv) si une analyse chimique de *chaque échantillon* a été faite à l'aide d'un instrument approuvé, manipulé par un technicien qualifié,

la preuve *des résultats* des *analyses* chimiques ainsi faites fait preuve, en l'absence de toute preuve contraire, du taux d'alcoolémie dans le sang du prévenu au moment où l'infraction est alléguée avoir été commise, ce taux correspondant aux *résultats* de ces *analyses*, lorsqu'ils sont identiques, ou au plus faible d'entre eux *s'ils sont différents*;

d) ...
(non pertinent)

e) ...
(non pertinent)

f) lorsque *des échantillons* de l'haleine du prévenu ont été prélevés conformément à une sommation faite en vertu du paragraphe 235(1), un certificat d'un technicien qualifié énonçant

(i) que *chaque analyse chimique* des *échantillons* a été faite à l'aide d'un instrument approuvé,

ated by him in which a substance or solution suitable for use in that approved instrument identified in the certificate was used,

(ii) *the result* of the chemical *analysis* so made, and

(iii) if *the sample* was taken by him,

(A) not proclaimed

(B) the time when and place where *the sample* and any specimen described in clause (A) was taken, and

(C) that *the sample* was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by him,

is evidence of the statements contained in the certificate without proof of the signature or the official character of the person appearing to have signed the certificate.

operated by him in which a substance or solution suitable for use in that approved instrument and identified in the certificate was used,

(ii) *the results* of the chemical *analyses* so made, and

(iii) if *the samples* were taken by him,

(A) not proclaimed

(B) the time when and place where *each sample* and any specimen described in clause (A) was taken, and

(C) that *each sample* was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by the technician,

is evidence of the statements contained in the certificate without proof of the signature or the official character of the person appearing to have signed the certificate.

par lui et dans lequel a été utilisée une substance ou solution propre à être utilisée dans cet instrument approuvé et identifiée dans le certificat,

(ii) *le résultat* de l'*analyse* chimique ainsi faite, et.

(iii) dans le cas où il a lui-même prélevé *l'échantillon*,

(A) non proclamé

(B) le temps et le lieu où *l'échantillon* et un spécimen quelconque mentionné dans la disposition (A) ont été prélevés, et

(C) que *l'échantillon* a été reçu de l'accusé directement dans un contenant approuvé ou dans un instrument approuvé, manipulé par lui, fait preuve des déclarations contenues dans le certificat sans qu'il soit nécessaire de faire la preuve de la signature de la personne par laquelle il paraît avoir été signé ni de la qualité officielle de cette personne.

manipulé par lui et dans lequel a été utilisée une substance ou solution propre à être utilisée dans cet instrument approuvé et identifiée dans le certificat,

(ii) que *les résultats* des *analyses* chimiques ainsi faites, et

(iii) dans le cas où il a lui-même prélevé *les échantillons*,

(A) non proclamé

(B) le temps et le lieu où *chaque échantillon* et un spécimen quelconque mentionné dans la disposition (A) ont été prélevés, et

(C) que *chaque échantillon* a été reçu de l'accusé directement dans un contenant approuvé ou dans un instrument approuvé, manipulé par lui, fait preuve des déclarations contenues dans le certificat sans qu'il soit nécessaire de faire la preuve de la signature de la personne par laquelle il paraît avoir été signé ni de la qualité officielle de cette personne.

It is apparent that the construction of par. (c) above cannot be determined without regard to subs. 235(1) to which it refers specifically. The text of this subsection, both before ("the old s. 235") and after ("the new s. 235") the *Amendment Act* is given hereafter with the amendments being underlined for ease of comparison:

Before

235. (1) Where a peace officer on reasonable and probable grounds believes that a person is committing, or at any time within the preceding two hours has committed, an offence under section 234, he may,

After

235. (1) Where a peace officer on reasonable and probable grounds believes that a person is committing, or at any time within the preceding two hours has committed, an offence under section 234 or 236,

Avant

235. (1) Lorsqu'un agent de la paix croit, en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables, qu'une personne est en train de commettre, ou a commis à quelque moment au cours des deux heures

Après

235. (1) L'agent de la paix qui croit, en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables, qu'une personne est en train de commettre, ou a commis au cours des deux heures précédentes, une

Il est manifeste qu'on ne peut interpréter l'al. c) sans tenir compte du par. 235(1) auquel il se réfère expressément. Je reproduis le texte de ce paragraphe tel qu'il était avant («l'ancien art. 235, C. cr.») et après («le nouvel art. 235 C. cr.») la *Loi modificatrice* en soulignant les modifications pour faciliter la comparaison:

by demand made to that person forthwith or as soon as practicable, require him to provide then or as soon thereafter as is practicable a sample of his breath suitable to enable an analysis to be made in order to determine the proportion, if any, of alcohol in his blood, and to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample to be taken.

he may, by demand made to that person forthwith or as soon as practicable, require him to provide then or as soon thereafter as is practicable such samples of his breath as in the opinion of a qualified technician referred to in subsection 237(6) are necessary to enable a proper analysis to be made in order to determine the proportion, if any, of alcohol in his blood, and to accompany the peace officer for the purpose of enabling such samples to be taken.

précédentes, une infraction à l'article 234, il peut, par sommation faite à cette personne sur-le-champ ou aussitôt que c'est matériellement possible, exiger que cette personne fournisse alors ou aussitôt que c'est matériellement possible par la suite, un échantillon de son haleine propre à permettre de faire une analyse en vue d'établir la proportion d'alcool dans son sang, le cas échéant, et qu'elle le suive afin de permettre le prélèvement d'un tel échantillon.

infraction à l'article 234 ou 236, peut, par sommation, exiger sur-le-champ ou dès que possible, qu'elle fournisse les échantillons d'haleine qui, de l'avis d'un technicien qualifié visé au paragraphe 237(6), sont nécessaires à une analyse convenable pour permettre de déterminer son taux d'alcoolémie et qu'elle le suive afin de prélever ces échantillons.

This amendment clearly related to substantive law; it gave police officers the right to demand more than one sample of breath so as to enable a proper analysis to be made and made it an offence for a suspect to refuse to give more than one sample of breath; before the amendment, only one suitable sample of breath could be demanded; thus, a person could, without committing an offence, refuse to give more than one sample. It is also clear that this amendment by its very nature may only apply prospectively; the requirement that the samples of breath be taken "forthwith" or within a prescribed time frame makes it a physical impossibility to give any retrospective effect to the new s. 235 *Cr.c.* (see *Hickson v. Darlow*¹³; *Upper Canada College v. Smith*¹⁴, per Duff J., at p. 422; *R. v. LeSarge*¹⁵, per Houlden J.A., at p. 396).

Cette modification touche nettement le fond du droit; elle donne aux policiers le pouvoir d'exiger plus d'un échantillon d'haleine de façon à permettre une analyse convenable et elle érige en infraction le refus par une personne soupçonnée, de fournir plus d'un échantillon d'haleine; avant la modification, on ne pouvait exiger qu'un échantillon d'haleine; ainsi, une personne pouvait, sans commettre d'infraction, refuser de fournir plus d'un échantillon. Il est également clair que cette modification, par sa nature même, ne peut s'appliquer que pour l'avenir; l'exigence que les échantillons d'haleine soient prélevés «sur-le-champ» ou à l'intérieur d'un délai précis rend matériellement impossible de donner un effet rétroactif au nouvel art. 235 *C. cr.* (voir «*Hickson v. Darlow*¹³; *Upper Canada College c. Smith*¹⁴, le juge Duff à la p. 422; *R. v. LeSarge*¹⁵, le juge Houlden, à la p. 396).

The new s. 237 applies to samples of breath taken under the new s. 235; this is clear from the opening part of par. (c) which refers to "samples of the breath of the accused . . . pursuant to a demand made under subsection 235(1)". Under the old s. 235, there could not be a demand for "samples" of breath, only for one sample. It follows that the prospective character of the new s. 235 is determinative of the construction to be

Le nouvel art. 237 *C. cr.*, s'applique aux échantillons d'haleine prélevés en application du nouvel art. 235 *C. cr.*; cela ressort clairement de la première partie de l'al. c) qui mentionne «des échantillons de l'haleine du prévenu . . . conformément à une sommation faite en vertu du paragraphe 235(1)». En vertu de l'ancien art. 235, il ne pouvait y avoir une sommation pour «des échantillons» d'haleine, mais seulement pour un échantillon. Il

¹³ (1883), 23 Ch. D. 690.

¹⁴ (1920), 61 S.C.R. 413.

¹⁵ (1975), 26 C.C.C. (2d) 388.

¹³ (1883), 23 Ch. D. 690.

¹⁴ (1920), 61 R.C.S. 413.

¹⁵ (1975), 26 C.C.C. (2d) 388.

placed in that regard upon the new s. 237; it cannot be taken to refer to samples of breath that could not be legally demanded at the time of the offence. Also, the other amendments to the old s. 237 make it abundantly clear that the new s. 237 is intended to apply only when at least two samples of breath have been demanded and obtained which was not legally permissible under the old s. 235.

Furthermore, it is apparent that the new s. 237 cannot in fact operate retrospectively. When only one sample of breath has been taken because only one was required and could be demanded at the time, the law cannot make it possible for two samples to have been taken. The retrospective operation of the new s. 237 which has been adopted by the Court of Appeal would effectively result in neither the new nor the old section being operative during the period when the new s. 237 is supposedly intended to operate retrospectively. This can hardly have been the result that was intended by Parliament. Ever since the new offence now described in s. 236 was created in 1969 by the *Criminal Law Amendment Act*, (1968-69 (Can.), c. 38, s. 16), a special procedure has been available so as to ensure the effective investigation and punishment of this offence. It is indeed apparent that s. 236 cannot, in practice, be effectively enforced in the absence of provisions similar to those now found in ss. 235 and 237. I have no reason to believe that Parliament intended, when passing the *Amendment Act* to allow for an interval during which the prosecution of offences already committed would be frustrated because the rules contained in ss. 235 and 237 would not be available for the enforcement of s. 236 (*R. v. MacGregor*¹⁶, per Clement J.A., at p. 406).

Another fundamental objection to the validity of the decision of the Court of Appeal rests on the rule of construction expressed in s. 36(d) of the *Interpretation Act*, (R.S.C. 1970, c. I-23), which reads as follows:

¹⁶ (1978), 39 C.C.C. (2d) 401.

s'ensuit que l'application pour l'avenir du nouvel art. 235 dicte l'interprétation qu'on doit donner au nouvel art. 237 à cet égard; cet article ne peut se rapporter à des échantillons d'haleine qui ne pouvaient légalement faire l'objet d'une sommation au moment de l'infraction. De même, les autres modifications de l'ancien art. 237 montrent de façon manifeste que le nouvel art. 237 doit s'appliquer seulement lorsqu'on a exigé et obtenu au moins deux échantillons d'haleine, ce qu'il n'était pas légalement permis de faire en vertu de l'ancien art. 235.

De plus, il est manifeste que le nouvel art. 237 ne peut en fait s'appliquer rétroactivement. Lorsque l'on n'a prélevé qu'un seul échantillon parce qu'on n'en a exigé qu'un seul et qu'on ne pouvait en exiger qu'un seul à ce moment-là, la loi ne peut rendre possible qu'on en ait prélevé deux. L'application rétroactive du nouvel art. 237 qu'a adoptée la Cour d'appel aurait comme résultat que ni l'ancien ni le nouvel article ne seraient applicables durant la période où le nouvel art. 237 est censé s'appliquer rétroactivement. Il est difficile de concevoir que le Parlement ait voulu ce résultat. Depuis que la nouvelle infraction maintenant décrite à l'art. 236 a été créée en 1969 par la *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal* (1968-69 (Can.), chap. 38, art. 16), une procédure spéciale a permis de poursuivre et de punir efficacement cette infraction. Il est clair qu'en pratique, il n'est pas possible d'appliquer efficacement l'art. 236 en l'absence de dispositions semblables à celles que l'on trouve à l'heure actuelle aux art. 235 et 237. Je n'ai aucune raison de croire que le Parlement ait voulu, lorsqu'il a adopté la *Loi modificatrice*, permettre qu'il y ait un intervalle durant lequel la poursuite des infractions déjà commises serait entravée parce qu'on ne pourrait pas avoir recours aux règles contenues aux art. 235 et 237 pour appliquer l'art. 236 (*R. v. MacGregor*¹⁶, le juge Clement, à la p. 406).

Une autre objection fondamentale au bien-fondé de l'arrêt de la Cour d'appel repose sur la règle d'interprétation exprimée à l'al. 36d) de la *Loi d'interprétation*, (S.R.C. 1970, chap. I-23), qui se lit comme suit:

¹⁶ (1978), 39 C.C.C. (2d) 401.

36. Where an enactment (in this section called the "former enactment") is repealed and another enactment (in this section called the "new enactment") is substituted therefor,

(d) the procedure established by the new enactment shall be followed as far as it can be adapted thereto in the recovery or enforcement of penalties and forfeitures incurred, and in the enforcement of rights, existing or accruing under the former enactment or in a proceeding in relation to matters that have happened before the repeal;

This statutory rule of construction is a modification of the common law rule; it imposes restrictions on what would otherwise be the retrospective operation, in the absence of any contrary intent, of procedural statutes. It prescribes that the retrospective operation of procedural enactments shall not be absolute, but will take place only to the extent that the new rules of procedure may be adapted to the proceedings taken in respect of the matter that has occurred before the new rules came into effect; this clearly means that the new procedure shall not apply retrospectively if or to the extent that it cannot be adapted. Here the new s. 237 requires two samples of breath while the old s. 237 allowed for only one. Clearly, the new procedure cannot be adapted; therefore, it does not apply to a sample of breath taken pursuant to the old s. 235. This result would obtain under s. 36 even though, contrary to what I have said above, s. 237 were, under the rules of the common law, to be regarded as being retrospective in operation. Section 36 thus constitutes, in my opinion, an insurmountable obstacle to the conclusion reached by the Court of Appeal.

We are in the situation where a procedural statute has been repealed and no new rule of procedure substituted for the old one "in relation to matters that have happened before the repeal". This is precisely a case for the application of s. 35 of the *Interpretation Act* which, generally, abrogates the common law rule "that, when an act of parliament is repealed, it must be considered (except as to transactions past and closed) as if it

36. Lorsqu'un texte législatif (au présent article appelé «texte antérieur») est abrogé et qu'un autre texte législatif (au présent article appelé «nouveau texte») y est substitué,

d) la procédure établie par le nouveau texte doit être suivie, autant qu'elle peut y être adaptée, dans le recouvrement ou l'imposition des peines et confiscations encourues et pour faire valoir des droits existant ou naissant aux termes du texte antérieur, ou dans toute procédure concernant des choses survenues avant l'abrogation;

Cette règle d'interprétation établie par la loi modifie la règle de *common law*; elle impose des restrictions quant à l'application rétroactive de textes établissant une procédure, ce qui aurait été la règle en l'absence d'une intention contraire. Elle dispose que l'application rétroactive des textes établissant une procédure n'est pas un principe absolu, mais aura lieu seulement dans la mesure où les nouvelles règles de procédure peuvent s'adapter aux poursuites entamées relativement à des choses survenues avant l'entrée en vigueur des nouvelles règles; cela veut clairement dire que la nouvelle procédure ne s'appliquera pas rétroactivement si elle ne peut être adaptée ou dans la mesure où elle ne peut l'être. Le nouvel art. 237 exige deux échantillons d'haleine alors que l'ancien art. 237 ne permettait d'en prélever qu'un seul. Il est clair qu'on ne peut adapter la nouvelle procédure; elle ne s'applique donc pas à un échantillon d'haleine prélevé conformément à l'ancien art. 235. L'article 36 conduirait à ce résultat même si, contrairement à ce que j'ai déjà dit, l'art. 237 devait, en vertu des règles de la *common law*, être considéré comme ayant une application rétroactive. L'article 36 constitue donc, à mon avis, un obstacle insurmontable à la conclusion de la Cour d'appel.

Nous sommes dans la situation où un texte de loi établissant une procédure a été abrogé et où aucune nouvelle règle de procédure n'a été substituée à l'ancienne «concernant des choses survenues avant l'abrogation». C'est précisément un cas d'application de l'art. 35 de la *Loi d'interprétation* qui, de façon générale, abroge la règle de *common law* suivant laquelle [TRADUCTION] «lorsqu'une loi du Parlement est abrogée, on doit la considérer (sauf

had never existed” *Surtees v. Ellison*¹⁷, per Lord Tenterden at p. 752). This section reads in part as follows:

35. Where an enactment is repealed in whole or in part, the repeal does not

(b) affect the previous operation of the enactment so repealed or anything duly done or suffered thereunder;

(c) affect any right, privilege, obligation or liability acquired, accrued, accruing or incurred under the enactment so repealed;

(d) affect any offence committed against or a violation of the provisions of the enactment so repealed, or any penalty, forfeiture or punishment incurred under the enactment so repealed; or

(e) affect any investigation, legal proceeding or remedy in respect of any such right, privilege, obligation, liability, penalty, forfeiture or punishment;

and an investigation, legal proceeding or remedy as described in paragraph (e) may be instituted, continued or enforced, and the penalty, forfeiture or punishment may be imposed as if the enactment had not been so repealed.

Subparagraphs (b) and (e), together with the concluding part of this section, are particularly relevant here. The saving clause contained in the last paragraph permits legal proceedings to be instituted and continued as if there had been no repeal; I have no doubt that it covers the procedure to be followed in respect to such proceeding. Otherwise, the clause would hardly have any practical meaning. Also, subpara. (b) serves to continue the effect of the certificate of analysis that was sought to be introduced into evidence by the Crown under the old s. 237. This certificate of analysis was in respect of one sample of breath given pursuant to the old s. 235; it was given when the old s. 237 was still in force and it is conceded that it would be admissible evidence if this section had not been amended. It is also undisputable that the only object of this certificate, when it was given prior to the amended sections coming into force, was to serve as *prima facie* evidence of the facts stated therein in connection with a charge

¹⁷ (1829), 9 B. & C. 750.

quant aux affaires passées et réglées) comme si elle n'avait jamais existé *Surtees v. Ellison*¹⁷, lord Tenterden, à la p. 752). Cet article se lit en partie comme suit:

35. Lorsqu'un texte législatif est abrogé en tout ou en partie, l'abrogation

b) n'atteint ni l'application antérieure du texte législatif ainsi abrogé ni une chose dûment faite ou subie sous son régime;

c) n'a pas d'effet sur quelque droit, privilège, obligation ou responsabilité acquis, né, naissant ou encouru sous le régime du texte législatif ainsi abrogé;

d) n'a d'effet ni sur une infraction au texte législatif ainsi abrogé, ni sur une violation de ses dispositions, ni sur une peine, confiscation ou punition encourue aux termes du texte législatif ainsi abrogé; ou

e) n'a pas d'effet sur une enquête, une procédure judiciaire ou un recours concernant de semblables droit, privilège, obligation, responsabilité, peine, confiscation ou punition;

et une enquête, une procédure judiciaire ou un recours prévu à l'alinéa e) peut être commencé, continué ou mis à exécution, et la peine, la confiscation ou la punition peut être infligée comme si le texte législatif n'avait pas été ainsi abrogé.

Les alinéas b) et e) ainsi que la dernière partie de l'article s'appliquent de façon particulière à la présente affaire. La clause d'exception contenue dans la dernière partie permet de commencer et de continuer des poursuites comme si il n'y avait pas eu abrogation; je n'ai aucun doute qu'elle s'applique à la procédure à suivre en rapport avec une telle poursuite. Autrement, la clause n'aurait à peu près aucun sens pratique. De plus, l'al. b) sert à maintenir l'effet du certificat d'analyse que le ministère public a cherché à présenter comme preuve en vertu de l'ancien art. 237. Ce certificat d'analyse se fondait sur un seul échantillon d'haléine fourni conformément à l'ancien art. 235; il a été fourni alors que l'ancien art. 237 était encore en vigueur et on admet qu'il serait admissible en preuve si cet article n'avait pas été modifié. Il est également incontestable que le seul but de ce certificat, lorsqu'on l'a délivré avant l'entrée en vigueur des articles modifiés, était de servir de preuve *prima facie* des faits qu'il énonçait en

¹⁷ (1829), 9 B. & C. 750.

that might be laid under ss. 234 or 236. Such a certificate would certainly be "affected" if because of the repeal of the section under which it was validly given it were deprived of all evidentiary value and would thus cease to have any usefulness at all. Section 35(b) is precisely intended to prevent such an undesirable result.

In support of the decision of the Court of Appeal, respondent has argued that Parliament's intention to give a retrospective effect to the new s. 237 was evidenced by the fact that the *Amendment Act* did not come into effect upon its passing, but only as from the day or days it was proclaimed in force. Reference was made to the English decision of *R. v. The Leeds and Bradford Railway Company*¹⁸, where Lord Campbell C.J., said at p. 346:

If it had been enacted that the provisions of the statute should come into operation immediately, I should have said that there was a hardship in their being construed retrospectively, and I should not have been willing so to construe them. But, here, the Act receiving the Royal assent on 14th *August*, sect. 38 directs that it "shall commence and take effect from the 2d day of *October* in the year of our Lord 1848." That seems to be an intimation by the Legislature that they mean to give a time, whether long or short, within which bygone matters of complaint may be brought before justices, and the limitation avoided.

It should be observed that this decision was criticized by Rolfe B. in *Moon v. Durden* (*supra*), at pp. 33 and following. In *Re Athlumney*¹⁹, Wright J. said at p. 553:

... One exception to the general rule has sometimes been suggested, namely, that where, as here, the commencement of the operation of an Act is suspended for a time, this is an indication that no further restriction upon retrospective operation is intended. But this exception seems never to have been suggested except in relation to statutes affecting procedure, such as Statutes of Limitation, and even in relation to them it is questioned in *Moon v. Durden*, (*supra*). Moreover, ss. 6 and 8 of this Act have been held not to be retrospective, notwithstanding, though without reference to this suspensory clause: see *Re Raison*, ((1891) 63 L.T. 709) and *Reg. v. Griffiths* ([1891] 2 Q.B. 145).

¹⁸ (1852), 18 Q.B. 343.

¹⁹ [1898] 2 Q.B. 547.

rapport avec une accusation qui pouvait être portée en vertu des art. 234 ou 236. Un tel certificat serait certainement «atteint» si, à cause de l'abrogation de l'article en vertu duquel il a valablement été délivré, il était privé de tout effet probant et ainsi rendu inutile. L'alinéa 35b) est précisément conçu pour éviter un tel résultat.

A l'appui de la décision de la Cour d'appel, l'intimé a soutenu que l'intention du Parlement de donner un effet rétroactif au nouvel art. 237 était démontrée par le fait que la *Loi modificatrice* n'était pas entrée en vigueur au moment de son adoption, mais seulement à partir du jour où on l'a proclamée en vigueur. On a renvoyé à la décision anglaise *R. v. The Leeds and Bradford Railway Company*¹⁸, où le lord juge en chef Campbell a dit, à la p. 346:

[TRADUCTION] S'il avait été prévu que les dispositions de la loi devaient entrer en vigueur immédiatement, j'aurais conclu que leur application rétroactive entraînait une injustice et j'aurais refusé de les interpréter de cette façon. Cependant, dans la présente affaire, la Loi a reçu la sanction royale le 14 août; l'art. 38 prévoit qu'elle entrera en vigueur à partir du 2 octobre de l'an de grâce 1848. Cela semble indiquer que la législature veut donner un délai, qu'il soit long ou court, à l'intérieur duquel les plaintes fondées sur des choses passées peuvent être portées devant les tribunaux de manière à éviter la prescription.

Cette décision a été critiquée par le baron Rolfe dans *Moon v. Durden* (précité), aux pp. 33 et suivantes. Dans *Re Athlumney*¹⁹, le juge Wright a dit à la p. 553:

[TRADUCTION] ... On a parfois proposé une exception à la règle générale, savoir, lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, l'entrée en vigueur d'une loi est suspendue pendant un certain temps, ce délai indique qu'il n'y a aucune autre restriction quant à l'application rétroactive. Cependant cette exception semble n'avoir jamais été proposée sauf en ce qui concerne les lois ayant trait à la procédure, telles que les lois prévoyant des prescriptions, et même relativement à ces lois on l'a mise en doute dans *Moon v. Durden* (précité). De plus, les art. 6 et 8 de la présente loi ont été jugés non rétroactifs, nonobstant la clause suspensive, bien que sans référence à cette clause: voir *Re Raison*, ((1891) 63 L.T. 709) et *Reg. v. Griffiths* ([1891] 2 Q.B. 145).

¹⁸ (1852), 18 Q.B. 343.

¹⁹ (1898), 2 Q.B. 547.

I know of no modern case that deals authoritatively with this issue and the existence of the rule, let alone its ambit, has been questioned by modern text book writers. According to Craies (*On Statute Law*, 7th ed., p. 395) the result of the court decisions is that the rule "cannot be accepted as an undoubted rule of construction". In Odger's *Construction of Deeds and Statutes*, 5th ed., p. 291, it is stated that "the rule is at least doubtful", and in Maxwell *On Interpretation of Statutes*, 12th ed., p. 227, one reads "that the exception, if it does exist, is not of any wide application".

It would therefore appear to be unwise to treat the test suggested by Lord Campbell as a well established canon of construction. Furthermore, I fail to see how this rule, if it existed, could be so rigid as to apply to a situation that affords so many clear indications of a contrary intent on the part of Parliament.

Respondent also relied heavily on the decision of this Court in *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*²⁰, where it was held that s. 41 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1927, c. 26, as enacted by 1949 (2nd Session), c. 12, s. 3, was procedural in character. Such determination having been made, the question did not arise, evidently because of the nature of the enactment, as to whether s. 41, although procedural in character, should nevertheless be construed prospectively because of the manifested intent of Parliament. The decision of our Court in *Howard Smith* does not bear at all on the question I have discussed so far and given the assumption that I have made as to the procedural character of s. 237, I fail to see how it can afford any assistance to the respondent.

Being of the view that the appeal should succeed even if the new s. 237 were to be regarded as procedural in character, I do not find it necessary to express any opinion as to the validity of the first ground of attack advanced by appellant against the decision of the Court of Appeal.

²⁰ [1957] S.C.R. 403.

Je ne connais aucun arrêt récent qui fasse autorité sur cette question, et l'existence de la règle, sans parler de sa portée, a été mise en doute par des auteurs modernes. D'après Craies (*On Statute Law*, 7^e éd., p. 395), il résulte des arrêts que la règle [TRADUCTION] «ne peut être acceptée comme une règle d'interprétation incontestable». Dans l'ouvrage d'Odger, *Construction of Deeds and Statutes*, 5^e éd., p. 291, on dit que [TRADUCTION] «la règle est au moins douteuse» et dans Maxwell, *On Interpretation of Statutes*, 12^e éd., p. 227, on lit [TRADUCTION] «que l'exception, si vraiment elle existe, est d'application fort restreinte».

Il ne semblerait donc pas sage de considérer le critère proposé par lord Campbell comme une règle d'interprétation bien établie. De plus, je ne vois pas comment cette règle, si elle existe, pourrait être rigide au point de s'appliquer à une situation qui présente un si grand nombre d'indications d'une intention contraire de la part du Parlement.

L'intimé s'est également beaucoup fondé sur l'arrêt de cette Cour dans *Howard Smith Paper Mills Ltd. c. La Reine*²⁰, où l'on a jugé que l'art. 41 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1927, chap. 26, adopté par 1949 (2^e session), chap. 12, art. 3, était une disposition de procédure. Cette conclusion ayant été formulée, on ne s'est pas demandé, évidemment à cause de la nature du texte législatif, si l'art. 41, bien qu'étant une disposition de procédure, ne devait néanmoins s'appliquer que pour l'avenir à cause de l'intention manifeste du Parlement. L'arrêt de cette Cour dans *Howard Smith* ne porte pas du tout sur la question que j'ai analysée jusqu'à présent et, vu que j'ai présumé que l'art. 237 est une disposition de procédure, je ne vois pas comment il peut être utile à l'intimé.

Étant d'avis que le pourvoi doit être accueilli même si le nouvel art. 237 doit être considéré comme une disposition de procédure, je n'estime pas nécessaire d'exprimer d'opinion quant à la validité du premier moyen d'appel invoqué contre l'arrêt de la Cour d'appel.

²⁰ [1957] R.C.S. 403.

I am therefore of the opinion that the question of law expressed in the stated case should be answered in the negative; it follows that the appeal should be allowed, the decision of the Court of Appeal set aside and the conviction pronounced against the respondent on May 5, 1977 by His Honour Magistrate Donald Luther restored. In accordance with the terms of the order granting leave, the costs of the respondent in this Court are to be borne by the appellant.

Appeal allowed, conviction restored, RITCHIE and ESTEY JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: David F. Hurley, St. John's.

Solicitor for the respondent: David C. Day, St. John's.

Je suis donc d'avis que la question de droit formulée dans l'exposé de cause doit recevoir une réponse négative; par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité prononcée contre l'intimé le 5 mai 1977 par le magistrat Donald Luther. Conformément aux dispositions de l'autorisation d'appel, l'appelante devra payer les dépens de l'intimé en cette Cour.

Pourvoi accueilli, déclaration de culpabilité rétablie, les juges RITCHIE et ESTEY étant dissidents.

Procureur de l'appelante: David F. Hurley, Saint-Jean, T.-N.

Procureur de l'intimé: David C. Day, Saint-Jean, T.-N.

Douglas Aircraft Company of Canada Ltd.
Appellant;

and

Andrew McConnell, Ray Hopkinson, Archie P. Wilson and Al Benjamin, on their own behalf and on behalf of all the other members of the International Union, United Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers of America, Local 1967 Respondents.

and

J. D. O'Shea, Q.C.

1978: November 7; 1979: June 28.

Present: Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey and Pratte JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Labour relations — Strike — "Sick-in" a strike — Grievance arbitration — Judicial review — Plant Chairman relieved of all production duties — Whether "employee".

The four grievors, now respondents, were members of the union bargaining committee at appellant's plant. The grievances were taken against the action of the appellant in discharging the grievors for their participation in a "sick-in". Some of the appellant's employees had been involved in a demonstration in support of the employees of the Artistic Woodworking Company, a dispute completely unrelated to Douglas Aircraft and Local 1967. Due to their involvement in the demonstration several Local 1967 members were late for work. One of them was Harbinson a member of the union bargaining committee and he during a meeting between management and that committee was called out to receive notice of his suspension for late arrival at work by reason of his participation in the Artistic dispute. During the meeting the respondent Wilson on hearing of Harbinson's suspension indicated to the management personnel present: "If you discipline people for this, you are going to have troubles," and thereupon he and the rest of the committee left the meeting. None of the other union committee members (who included the respondents Benjamin and McConnell) dissociated themselves from Wilson's statement. That afternoon a number of employees were seen to leave earlier than the scheduled

Douglas Aircraft Company of Canada Ltd.
Appelante;

et

Andrew McConnell, Ray Hopkinson, Archie P. Wilson et Al Benjamin, en leur nom personnel et au nom de tous les autres membres du Syndicat international des travailleurs unis de l'automobile, de l'aéronautique et de l'astronautique et des instruments aratoires d'Amérique, local 1967 Intimés.

et

J. D. O'Shea, c.r.

1978: 7 novembre; 1979: 28 juin.

Présents: Les juges Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey et Pratte.

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

Relations de travail — Grève — «Sick-in» équivalent à une grève — Arbitrage de griefs — Contrôle judiciaire — Le Président du comité d'entreprise libéré de ses fonctions de production — S'agit-il d'un «employé»?

Les quatre réclamants, intimés devant cette Cour, étaient membres du comité syndical de négociation dans l'usine de l'appelante. Les griefs ont été présentés par les réclamants contre l'appelante qui les a congédiés en raison de leur participation à un «sick-in». Certains employés de l'appelante avaient participé à une manifestation d'appui aux employés d'Artistic Woodworking Company, dont le conflit était étranger à toute relation entre Douglas Aircraft et le local 1967. En raison de leur participation à la manifestation, plusieurs membres du local 1967 se sont présentés en retard au travail. L'un d'eux, un nommé Harbinson, membre du comité syndical de négociation, au cours d'une réunion entre la direction et le syndicat, a été appelé hors de la salle pour se voir remettre un avis de suspension pour son retard en raison de sa participation au conflit Artistic. Informé de la suspension de Harbinson, l'intimé Wilson a déclaré aux représentants de la direction présents à la réunion: «Si vous punissez les gens pour ça vous allez avoir des problèmes», sur quoi M. Wilson et le reste du comité ont quitté la réunion. Aucun autre membre du comité syndical (y compris les intimés Benjamin et McConnell) n'a exprimé son désaccord avec la déclaration de Wilson. Au cours de l'après-midi, on a vu certains employés

time. Wilson and Benjamin were seen speaking to employees after which the employees were seen to leave their work; Benjamin was heard to request some employees to stop work and leave. Subsequently Wilson was asked by a company officer if he was attempting to encourage a concerted illegal action and denied it. There were however rumours that union representatives were asking employees to book off sick the following day, October 2nd. The company called a meeting with the Union that day (October 2) and met with the bargaining committee on which Hopkinson had replaced the suspended Harbinson. On October 2 there was abnormal absenteeism at the plant with the heaviest concentration in the areas where the bargaining committee men worked. With the exception of Wilson, who by reason of his position had no production duties, all the bargaining committee were absent. The appellant responded by convening another meeting with union representatives and sending a notice of termination of employment to the respondent grievors because of the role played by them in the work interruption of October 2, 1973. The first grievance, that of Hill was heard by another arbitrator who reduced the penalty of discharge to four weeks suspension and ordered reinstatement. An application for judicial review was dismissed in Weekly Court (1974), 4 O.R. (2d) 521. The other four grievances were heard by J. D. O'Shea who dismissed them and an application to quash these four awards was granted in the Divisional Court (1976), 14 O.R. (2d) 1, 72 D.L.R. (3d) 453 whose decision was affirmed by the Ontario Court of Appeal (1977), 19 L.A.C. (2d) 237.

Held (Estey J. dissenting in part): The appeal should be allowed with respect to all the respondents.

Per Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and Pratte JJ.: As stated by Estey J. there was no error in the disposition by the arbitrator in relation to McConnell, Hopkinson and Benjamin whose discharge was a consequence of their participation in an illegal strike when they were members of the union bargaining committee appointed under the collective agreement. The appeal should also be dismissed with respect to the respondent Archie Wilson. The arbitrator correctly held that a distinction in wording between Article 8 of the agreement (dealing with the Plant Chairman) and Article 51 (dealing with the Union President) indicated on intention not to give the respective incumbents the same status. The latter is given "Leave of Absence" and becomes an employee of the Union, the former is only

quitter l'usine avant l'heure prévue. On a vu Wilson et Benjamin parler à des employés après quoi ces employés ont quitté le travail. On a entendu Benjamin demander à certains employés d'arrêter de travailler et de partir. Un dirigeant de la compagnie a par après demandé à Wilson s'il essayait d'encourager une action illégale concertée. M. Wilson a répondu non. Il courait cependant de nombreuses rumeurs selon lesquelles des représentants syndicaux demandaient aux employés de se déclarer malades le jour suivant, le 2 octobre. La compagnie a le 1^{er} octobre convoqué une réunion avec le syndicat, et a rencontré le comité de négociation dont faisait partie M. Hopkinson qui remplaçait M. Harbinson pendant la suspension de ce dernier. Le 2 octobre, l'usine a connu un niveau d'absentéisme inhabituel particulièrement élevé dans les endroits où travaillaient les membres du comité de négociation. A l'exception de M. Wilson qui ne participait pas à la production en raison de son poste, tout le comité de négociation était absent du travail. L'appelante a réagi aux événements en convoquant une autre réunion avec les représentants du syndicat et en envoyant à chaque réclamant intimé un avis de cessation d'emploi en raison du rôle joué par chacun d'eux dans l'arrêt de travail du 2 octobre 1973. Le premier grief, celui de M. Hill, a été entendu par un autre arbitre qui a réduit le congédiement à une suspension de quatre semaines et ordonné sa réintégration. La Cour des sessions hebdomadaires a rejeté une demande de contrôle judiciaire (1974), 4 O.R. (2d) 521. Les quatre autres griefs ont été entendus par J. D. O'Shea qui les a rejetés. La Cour divisionnaire a accueilli une demande visant à annuler la décision de ce dernier (1976), 14 O.R. (2d) 1, 72 D.L.R. (3d) 453. La décision de la Cour divisionnaire a été confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario (1977), 19 L.A.C. (2d) 237.

Arrêt (le juge Estey étant dissident en partie): Le pourvoi doit être accueilli à l'égard de tous les intimés.

Les juges Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et Pratte: Comme l'a affirmé le juge Estey, l'arbitre n'a pas fait d'erreur dans ses décisions relatives à McConnell, Hopkinson et Benjamin qui ont été congédiés en raison de leur participation à une grève illégale, alors qu'ils étaient membres du comité syndical de négociation formé en vertu de la convention collective. Le pourvoi doit également être rejeté à l'égard de l'intimé Archie Wilson. L'arbitre a eu raison de conclure que la distinction entre la rédaction de l'article 8 de la convention (qui traite du Président du comité d'entreprise) et l'article 51 (qui traite du Président du syndicat) indique une intention de ne pas donner à chacun de ces titulaires le même statut. Le dernier reçoit un «congé autorisé» et devient employé du syndicat; le premier est seulement

relieved of production duties for time spent on union duties albeit that in this case he was allowed full time for such union activities. Although Wilson's activities were not a breach of duty to the Company because no such duty existed, they were misconduct which is another possible cause for which an employee may be dismissed and this in effect was what the arbitrator found. He mentioned "unlawfulness" and in light of ss. 63(1)(3), 67(1) of *The Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, c. 232, Wilson could not claim to have been improperly disciplined for activities as Plant Chairman for which he was answerable only to the Union. By engaging in unlawful activity he did something for which he could claim no immunity.

Per Estey J. dissenting in part: The case raised the difficult and fundamental question as to the scope for judicial review of a labour arbitration board's decision. The board is not by the terms of *The Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, c. 232 as amended protected from judicial review by *certiorari* or otherwise as is the Ontario Labour Relations Board established under that Act. The law of judicial review of inferior tribunals generally is applicable. The question was what limits to such judicial review are embodied by law. Adopting the reasoning of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Barber*, [1968] 2 O.R. 245. The Court could proceed to determine the scope in the present case unhindered by any issue as to whether or not a specific question of law was referred to the statutory arbitrator. On a review of the authorities it is clear that all boards, are subject to the jurisdictional supervision of the Superior Court. A *certiorari* review of a statutory board free of a privative cloak brings with it the added ground of review for error on the face of the record. Such reviewable error exceeds a difference of opinion by the reviewing tribunal on an interpretative issue and falls short of an error resulting in an excess of its jurisdiction on the part of the board. Where the error in the award relates to the statute whose interpretation is required of the board in the course of determining the dispute the test is the same save that an error in law in statutory interpretation is not subject to the qualification that the assigned interpretation must be one which the words will not reasonably bear to permit review. Questions of admission and interpretation of evidence and procedure are all matters exclusively for the board as are all questions of fact. Unfairness, procedures contrary to natural justice, arbitrary conduct, refusal to discharge their function, fraud and bias in law are all matters that transcend the classification of error of law on the face of the record. They are jurisdictional and reviewable by *certiorari* or

libéré de ses fonctions de production pendant le temps consacré aux affaires syndicales bien qu'en l'espèce il se soit occupé de ces activités à plein temps. Même si, par ses activités, Wilson ne s'est pas rendu coupable d'inexécution d'une obligation puisqu'il n'en avait aucune, il a toutefois commis une faute grave, autre motif possible de renvoi d'un employé. C'est effectivement ce à quoi a conclu l'arbitre. Ce dernier a parlé d'«illégalité» et, compte tenu des par. 63(1)(3) et 67(1) de *The Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, chap. 232, Wilson ne pouvait prétendre avoir été injustement congédié en raison de ses activités de Président du comité d'entreprise dont il ne devait répondre qu'au syndicat. Par cet acte illégal, Wilson faisait quelque chose pour quoi il ne pouvait se prévaloir d'aucune immunité.

Le juge Estey dissident en partie: L'affaire soulève la question difficile et fondamentale de l'étendue du pouvoir judiciaire de réviser la décision d'un conseil d'arbitrage en matière de relations de travail. En vertu de *The Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, chap. 232 et modifications, le conseil n'est pas à l'abri du contrôle judiciaire par voie de *certiorari* ou autrement comme l'est la Commission des relations de travail de l'Ontario constituée en vertu de cette loi. Les principes généraux du contrôle judiciaire des tribunaux d'instance inférieure sont applicables. La question consiste à déterminer les limites que la loi impose à ce contrôle judiciaire. Adoptant le raisonnement de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Barber*, [1968] 2 O.R. 245, la Cour peut entreprendre de préciser la portée du contrôle judiciaire dans l'affaire dont elle est saisie sans se demander si une question de droit précise a été soumise à l'arbitre nommé en vertu de la loi. Il ressort clairement d'après une étude de la jurisprudence que tous les conseils sont en matière de compétence soumis à la surveillance d'une cour supérieure. Un recours en *certiorari* contre un conseil que ne protège aucune clause privative permet en outre d'utiliser comme motif de révision l'erreur apparente à la lecture du dossier. Une erreur semblable susceptible de révision va plus loin qu'une simple divergence d'opinions du tribunal supérieur quant à un problème d'interprétation et il ne s'agit pas d'une erreur qui amène le conseil à outrepasser sa compétence. Lorsque l'erreur dans la sentence porte sur la loi que le conseil doit interpréter pour trancher le différend, le critère de révision est le même sauf qu'une erreur de droit sur l'interprétation d'un texte de loi n'est pas soumise à la réserve que le texte ne doit pas pouvoir raisonnablement justifier l'interprétation donnée. Les questions relatives à la réception et à l'interprétation de la preuve et à la procédure relèvent exclusivement du conseil puisque ce sont des questions de fait. L'injustice, l'adoption de procédures

its equivalent with or without a privative clause.

In the present appeal as to the respondent Wilson, the company's obligation to pay him salary, as Plant Chairman, is analogous to a fringe benefit to the members of the bargaining unit to be provided by the Company under the agreement. Wilson was not an employee of the Company in that he was chosen by the Union in accordance with the terms of the Agreement. The Company could not discharge him from that office.

To hold that Wilson had any duty toward the Company for which he was accountable in law would create a fundamental conflict of interest in his position. Such a concept is hostile to the basic principle of the rights of labour. The arbitrator's decision is susceptible to attack on two grounds. First, there was in the award an indication of a possible grievance or action at law against the Union rather than grounds for a grievance discharge against Wilson personally. There was also some confusion as to the nature of Wilson's duty to the members of the bargaining unit, owing to the terminology of Article 8. In interpreting Article 8, the learned arbitrator assigned to its terms a meaning which the words would not reasonably bear. Hence on the above principles the award is quashed.

As to the respondents Benjamin, McConnell and Hopkinson there were no errors of law or reviewable questions justifying a judicial review. A court in judicial review is not however a court sitting on an appeal and a court in the latter position might well have responded differently to the awards.

[*Re Federation of Telephone Workers of British Columbia and British Columbia Telephone Co.* (1971), 23 D.L.R. (3d) 18; *Kent v. Elstob*, [1802] 3 East 18; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Company, Limited v. Underground Electric Railways Company of London, Limited*, [1912] A.C. 673; *Howe Sound Company v. International Union of Mine, Mill & Smelter Workers (Canada), Local 663*, [1962] S.C.R. 318; *Port Arthur Shipbuilding Company v. Arthurs et al.*, [1969] S.C.R. 85; *Hodgkinson v. Fernie and Another* (1857), 3 C.B. (N.S.) 189; *In the Matter of an Arbitration Between King and Duveen and Others*, [1913] 2 K.B. 32; *R. v. Barber et al.*, [1968] 2 O.R. 245; *Government of Kelantan v. Duff Development Company Limited*, [1923] A.C. 395; *Re International Nickel Co.*

contraires à la justice naturelle, une conduite arbitraire, le refus d'exercer ses fonctions, la fraude et la partialité constituent des motifs juridiques qui transcendent l'erreur de droit apparente à la lecture du dossier. Il s'agit là d'excès de compétence et ces erreurs sont susceptibles de révision par voie de *certiorari* ou de recours semblables, qu'il y ait ou non une clause privative.

Quant à l'intimé Wilson, l'obligation de la compagnie de lui payer un salaire à titre de président du comité d'entreprise est analogue aux avantages sociaux que la compagnie doit fournir aux membres de l'unité de négociation en vertu de la convention collective. Wilson n'est pas un employé de la compagnie en ce qu'il a été choisi par le syndicat conformément aux termes de la convention. La compagnie ne pouvait le congédier de ce poste.

Le fait de conclure que Wilson avait certaines obligations légales envers la compagnie aurait pour effet de le placer dans une position de conflit d'intérêts. Une telle idée s'oppose à la conception fondamentale des droits des travailleurs. La décision de l'arbitre peut être attaquée sur deux moyens. Premièrement, la sentence peut fonder un grief ou une poursuite judiciaire contre le syndicat plutôt que le congédiement de Wilson. Il existe également une certaine confusion quant à la nature des obligations de Wilson envers les membres de l'unité de négociation, vu le texte de l'article 8. En interprétant l'article 8, le savant arbitre a donné à ses dispositions un sens qu'elles ne peuvent raisonnablement avoir. Par conséquent, vu les principes précités, la sentence devrait être annulée.

En ce qui concerne les intimés Benjamin, McConnell et Hopkinson, il n'y a pas eu d'erreur de droit ou de question susceptible de révision qui puisse donner lieu à un contrôle judiciaire. Le rôle d'une cour en matière de contrôle judiciaire n'est pas le même que celui d'une cour qui siège en appel. Cette dernière aurait fort bien pu adopter une attitude différente à l'égard de ces sentences.

[Jurisprudence: *Re Federation of Telephone Workers of British Columbia and British Columbia Telephone Co.* (1971), 23 D.L.R. (3d) 18; *Kent v. Elstob*, [1802] 3 East 18; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Company, Limited v. Underground Electric Railways Company of London, Limited*, [1912] A.C. 673; *Howe Sound Company c. International Union of Mine, Mill & Smelter Workers (Canada), Local 663*, [1962] R.C.S. 318; *Port Arthur Shipbuilding Company c. Arthurs et al.*, [1969] R.C.S. 85; *Hodgkinson v. Fernie and Another* (1857), 3 C.B. (N.S.) 189; *In the Matter of an Arbitration Between King and Duveen and Others*, [1913] 2 K.B. 32; *R. v. Barber et al.*, [1968] 2 O.R. 245; *Government of Kelantan v. Duff Development Company Limited*, [1923] A.C. 395; *Re International Nickel Co.*

of Canada Ltd. and Rivando, [1956] O.R. 379; *F.R. Absalom, Limited v. Great Western (London) Garden Village Society Limited*, [1933] A.C. 592; *Rex v. Nat. Bell Liquors Ltd.*, [1922] 2 A.C. 128; *Rex v. Northumberland Compensation Tribunal*, [1952] 1 K.B. 338; *Re The Ontario Labour Relations Board et al.*, [1957] O.R. 316 referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario affirming without reasons, a judgment of the Divisional Court¹ setting aside the the arbitrator's award² in the matter of employee grievances alleging unjust discharge.

G. Finlayson, Q.C., and *T. Heintzman*, for the appellant.

L. A. MacLean, Q.C., for the respondents.

The judgment of Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and Pratte JJ. was delivered by

PIGEON J.—I have had the privilege of reading the reasons for judgment prepared for delivery by my brother Estey and I agree with him that there was no error in the dispositions made by the arbitrator in relation to respondents McConnell, Hopkinson and Benjamin whose discharge was a consequence of their participation in an illegal strike when they were members of the Union Bargaining Committee appointed under the collective agreement between the appellant Company and the Union.

With respect to respondent Archie Wilson I find myself unable to agree with Mr. Justice Estey's view that the arbitrator was in error and, in the circumstances, I find it necessary to quote the essential part of the award on Wilson's grievance in which the arbitrator sets forth his findings and reasons for dismissing it. This is as follows:*

Having considered all the evidence and the very able representations of the parties I have no hesitation in finding that a great number of employees acted in concert on October 2nd and engaged in a work interruption known as a "sick-in" as a means of protesting the company's action in disciplining employees who reported late for work because they were engaged in picketing

of Canada Ltd. and Rivando, [1956] O.R. 379; *F.R. Absalom, Limited v. Great Western (London) Garden Village Society Limited*, [1933] A.C. 592; *Rex v. Nat. Bell Liquors Ltd.*, [1922] 2 A.C. 128; *Rex v. Northumberland Compensation Tribunal*, [1952] 1 K.B. 338; *Re The Ontario Labour Relations Board et al.*, [1957] O.R. 316.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario confirmant sans motifs un jugement de la Cour divisionnaire¹ qui a écarté la sentence de l'arbitre² rendue par suite de griefs présentés par des employés qui alléguaient un congédiement injustifié.

G. Finlayson, c.r., et *T. Heintzman*, pour l'appelante.

L. A. MacLean, c.r., pour les intimés.

Version française du jugement des juges Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et Pratte rendu par

LE JUGE PIGEON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Estey et conviens avec lui que l'arbitre n'a pas fait d'erreur dans ses décisions relatives aux intimés McConnell, Hopkinson et Benjamin qui ont été congédiés en raison de leur participation à une grève illégale, alors qu'ils étaient membres du comité syndical de négociation formé en vertu de la convention collective conclue entre la compagnie appelante et le syndicat.

Je ne peux cependant être d'accord avec le juge Estey lorsqu'il dit que l'arbitre a erré au sujet de l'intimé Wilson et j'estime dans les circonstances qu'il me faut citer la partie essentielle de la sentence sur le grief de Wilson, où l'arbitre expose les motifs et conclusions qui l'amènent à le rejeter. Cela se lit comme suit:*

[TRADUCTION] Après avoir étudié toute la preuve et l'argumentation habile des parties, je n'hésite pas à conclure que de nombreux employés ont agi de concert le 2 octobre et ont participé à un arrêt de travail connu sous le nom de «sick-in», afin de protester contre les mesures disciplinaires que la compagnie avait prises contre des employés arrivés en retard au travail parce

* (1975), 8 L.A.C. (2d) 118, at pp. 130-133.

¹ (1976), 14 O.R. (2d) 1.

² (1977), 15 L.A.C. (2d) 102.

* (1975), 8 L.A.C. (2d) 118, aux pp. 130-133.

¹ (1976), 14 O.R. (2d) 1.

² (1977), 15 L.A.C. (2d) 102.

Artistic Woodwork Company in support of the strike at that plant. This penalty had been announced on Friday, September 28th and I find that the absences on October 2nd did not result from a spontaneous reaction by employees but rather was a planned response to the company's actions.

When assessing the grievor's statements which were made on September 28th and October 1st and 2nd it would be improper to attempt to interpret them in isolation. The true meaning of what the grievor said must be determined in light of all the surrounding events of which the grievor had knowledge. For these reasons I am unable to find that his statements were as innocuous as counsel for the union suggested. In this regard I am unable to agree with the findings of Mr. Gorsky in the Hill grievance award. Although the grievor's failure to testify cannot be construed as an admission of guilt in view of the fact that the onus rests on the company to establish just cause however in the absence of any explanation from the grievor, I must attach meaning to the words used by Mr. Wilson which would make his statements consistent with the events that took place. The statements made by the grievor are not only consistent with the unlawfulness of the acts complained of but to treat his statements as innocent remarks in light of all the surrounding circumstances would be naive to the extreme. Mr. Wilson was acknowledged to be a "hard nosed" union leader who was not adverse to the use of tough and at times abusive language. By repeating, without explanation, that there would be trouble if the company disciplined the Artistic Woodwork picketers who were late for work on September 26th and also by criticising the employees who reported for work on October 2nd the grievor clearly demonstrated, not only his support for the sick-in but his leadership in causing the unlawful activities. His participation was not merely passive. I find that the evidence clearly demonstrates his leadership in causing employees to contravene the collective agreement. In this regard the evidence in this case is distinguishable from the evidence in the Sunar Industries Case referred to above.

Although nothing can be inferred from the fact that the grievor did not testify, when considered in isolation, the failure of the grievor to testify permits me to draw inferences from the evidence before me, if that evidence is unexplained or qualified by evidence adduced through union witnesses. In the instant case I find that the company's evidence was sufficiently strong and substantial so as to cast a duty of explanation on the grievor to rebut the conclusions and inferences which the company has suggested should be drawn from that evidence.

qu'ils faisaient du piquetage devant la Artistic Woodwork Company en guise d'appui à la grève touchant cette usine. Ces mesures avaient été annoncées le vendredi 28 septembre et je conclus que les absences du 2 octobre ne constituaient pas une réaction spontanée des employés mais étaient plutôt une action concertée en réponse aux mesures prises par la compagnie.

Il ne conviendrait pas d'interpréter hors contexte les propos tenus par le réclamant le 28 septembre et les 1^{er} et 2 octobre. Il faut en déterminer la véritable signification compte tenu de tous les événements connexes dont était informé le réclamant. Pour ces motifs, je ne puis conclure que ses déclarations étaient aussi anodines que l'a suggéré l'avocat du syndicat. Je ne puis être d'accord à cet égard avec les conclusions de M. Gorsky dans la sentence sur le grief Hill. Bien que l'omission de témoigner du réclamant ne puisse être considérée comme un aveu de culpabilité étant donné que la compagnie a le fardeau de prouver la juste cause du congédiement, je dois cependant, le réclamant n'ayant offert aucune explication, donner aux mots employés par M. Wilson un sens compatible avec les incidents qui ont eu lieu. Ses déclarations ne sont pas seulement compatibles avec l'illégalité des actes dont on se plaint, mais il faudrait être extrêmement naïf pour considérer ses remarques anodines compte tenu de toutes les circonstances. M. Wilson avait une réputation de dirigeant syndical «dur» qui ne se privait pas d'user d'un langage acerbe et parfois grossier. En répétant sans explications qu'il y aurait des problèmes si la compagnie imposait des mesures disciplinaires aux piqueteurs d'Artistic Woodwork qui étaient arrivés en retard le 26 septembre, et en critiquant les employés présents au travail le 2 octobre, le réclamant a montré sans équivoque non seulement son appui au «*sick-in*», mais aussi son rôle de meneur des agissements illégaux. Sa participation n'était pas purement passive. La preuve démontre clairement qu'il a comme leur chef poussé les employés à violer la convention collective. Sous ce rapport, la preuve en l'espèce est différente de celle qui a été apportée dans l'affaire Sunar Industries mentionnée ci-haut.

Bien qu'on ne puisse tirer aucune conclusion de la simple omission de témoigner du réclamant, ce silence me permet de tirer certaines déductions de la preuve soumise, alors qu'elle n'est pas expliquée ou nuancée par des témoins du syndicat. Dans la présente affaire, je conclus que la preuve de la compagnie était suffisamment forte et substantielle pour imposer au réclamant l'obligation de fournir des explications à l'encontre des conclusions et déductions que, selon la compagnie, on peut en tirer.

I further find that the evidence established that the grievor played a role in the work interruption as alleged in the company's reply to the grievance. That role, as established by the evidence, was more than a passive role. Usually a union official, by reason of his office, does not owe a higher duty to the employer than any other employee. Accordingly, if a union official is merely a passive participant in a work stoppage that is led by others, he normally should bear no greater responsibility than other employees who are merely passive participants. Again there is usually no responsibility on a union official to act as an arm of management. Such are not the facts in the instant case however. Rather than being a passive participant, I am satisfied that the grievor's role was one of active leadership. As a union leader, his position of leadership within the bargaining unit made his actions in leading the sick-in more authoritative and therefore more culpable. Although it is obvious from Mr. Wilson's remarks to the general foreman on October 2nd concerning certain employees who had reported for work that day that the sick-in was not as successful as he had wished it to be, it was apparently not the fault of any efforts the grievor had made to cause the sick-in to occur. In addition, the collective agreement in this matter is distinguishable from the collective agreement with which the Court was concerned in the British Columbia Telephone Company case cited above. In that case the Court found that there was no implied obligation on an employee who holds union office which is greater than on a rank and file employee. In the instant case, the parties have addressed themselves to the functions and responsibilities of the plant chairman. The plant chairman has no production functions to perform in common with other bargaining unit employees. His full time duties are directed to the administering of the collective agreement and in this he is responsible to the manager, labour relations, pursuant to the provisions of Article 8 of the collective agreement. Since he is paid by the company solely for administering the collective agreement as plant chairman, he must assume more responsibility for its proper and lawful administration than if he were not paid for this function. The company is entitled to look to the bargaining committee and particularly its chairman to deal with matters arising under the collective agreement. The bargaining committee as a whole and its chairman in particular frustrated the company's efforts to enforce the provisions of the collective agreement on October 2nd and indeed the bargaining committee appeared to support the threat of trouble made by Mr. Wilson on February 28th* since no member of the bargaining committee disassociated himself from Mr. Wilson's remarks but on

* (read September 28th.)

Je conclus en outre que la preuve a établi que le réclamant a joué un rôle dans l'arrêt de travail, comme le prétend la compagnie dans sa réponse au grief. La preuve a démontré qu'il s'agissait de plus qu'un rôle passif. Un responsable syndical n'a généralement pas, du fait de ses fonctions, de plus grandes obligations envers l'employeur que tout autre employé. Par conséquent, si un responsable syndical ne participe que passivement à un arrêt de travail provoqué par d'autres employés, il ne doit pas encourir de plus grandes responsabilités que les autres simples participants. Là encore, le responsable syndical n'a généralement aucune obligation d'agir à titre d'agent de la direction. Ce n'est toutefois pas le cas ici. Je suis convaincu que le réclamant a joué le rôle actif de meneur plutôt que celui de simple participant. Ses fonctions de direction à titre de chef syndical confèrent plus d'autorité à ses actes durant le *sick-in*, et le rendaient donc plus coupable. Bien qu'il soit évident—d'après les remarques faites le 2 octobre par Wilson au contremaître général au sujet de certains employés qui s'étaient présentés au travail ce jour-là—que le *sick-in* n'a pas eu le succès escompté, cela n'était apparemment pas dû au manque d'efforts déployés par le réclamant pour le provoquer. De plus, en l'espèce, la convention collective se distingue de celle dont la Cour était saisie dans l'affaire British Columbia Telephone Company, précitée, et où la Cour a décidé qu'un représentant syndical n'avait pas d'obligations implicites plus étendues que celles d'un employé ordinaire. Ici, les parties ont défini les fonctions et responsabilités du président du comité d'entreprise. Ce dernier ne participe d'aucune façon à la production comme les autres employés de l'unité de négociation. Il doit s'occuper à plein temps de l'application de la convention collective et, à ce titre, il relève du gérant des relations de travail, conformément à l'article 8 de la convention collective. Vu que la compagnie le paie seulement pour voir à l'application de la convention collective à titre de président du comité d'entreprise, il doit assumer pour sa bonne application suivant la loi une plus grande responsabilité que s'il n'était pas payé pour ces fonctions. La compagnie est en droit de s'attendre à ce que le comité de négociation dans son ensemble, et son président en particulier, s'occupent des questions relatives à la convention collective. Le comité de négociation dans son ensemble, et son président en particulier, ont frustré les efforts de la compagnie pour faire respecter la convention collective le 2 octobre. Les membres du comité de négociation ont d'ailleurs semblé appuyer les remarques faites par Wilson le 28 février* puisqu'aucun d'entre eux ne s'en est dissocié; au contraire, ils ont tous participé au *sick-in* mettant ainsi à exécution les menaces profé-

* (lire le 28 septembre)

the contrary participated in the sick-in thereby enforcing the threat of trouble made by Mr. Wilson.

In view of the provisions of Article 8, even if Mr. Wilson's participation in a work stoppage were merely passive his culpability would be greater than other employees. The extent of the benefits provided by the collective agreement for the position of any union office is usually a reliable guide to the degree of responsibility which flows to that position under the collective agreement. For this reason, if for no other, Mr. Wilson must bear the greatest responsibility for what occurred on October 2nd since he failed to demonstrate that he had actively attempted to enforce the provisions of the collective agreement at the direction of the manager of labour relations and to cause the members of the bargaining unit to do likewise. In this respect Mr. Kirkby was in a different position than Mr. Wilson. Mr. Kirkby was on a full time leave of absence from the bargaining unit for the duration of his term of office as president of the local union. He was not paid by the company. During his leave of absence he owed no duty to the company as an employee. His only duty was to the union. In this regard Mr. Kirkby's duty to the company was similar to that of Mr. Fairchild, the international representative. If Mr. Kirkby was guilty of unlawful conduct the remedy would be within the jurisdiction of the Courts or by way of an application for leave to prosecute under the Ontario Labour Relations Act., in my view.

The first question I will consider arises out of the latter part of the last quoted paragraph. Was the arbitrator correct in holding that, although appointed by the Union as full time Plant Chairman of the Union Bargaining Committee and thereby relieved of any production duties, Wilson nevertheless remained an employee of the Company subject to dismissal for cause? In this respect consideration is to be given to the following provisions of the Collective Agreement which, among others, were quoted by the arbitrator at the beginning of the award.

UNION REPRESENTATION

Bargaining Committee

8. The Company acknowledges the right of the Union to select a Bargaining Committee of five (5) members of whom one (1) shall be the Chairman and one (1) the Skilled Trades Committeeman. The Company will recognize and bargain with the said committee on any matter properly arising from time to time during the

rées par M. Wilson.

Compte tenu des dispositions de l'article 8, même si la participation de M. Wilson à un arrêt de travail était purement passive, il serait plus coupable que d'autres employés. Les avantages conférés par la convention collective en considération d'un poste syndical constituent d'habitude une bonne mesure du degré de responsabilité qui en découle. Pour cette raison, à tout le moins, M. Wilson doit porter la plus grande part de la responsabilité des incidents du 2 octobre puisqu'il n'a pas démontré qu'il avait essayé concrètement de faire respecter les dispositions de la convention collective selon les directives du gérant des relations de travail, et d'inciter les membres de l'unité de négociation à en faire autant. M. Kirkby n'avait pas à cet égard le même statut que M. Wilson. M. Kirkby bénéficiait d'un congé autorisé de l'unité de négociation à plein temps pour la durée de son mandat de président du syndicat local. Il n'était pas payé par la compagnie. Il n'avait aucune obligation à l'égard de la compagnie durant son congé. Il n'avait d'obligations qu'envers le syndicat. Les obligations de M. Kirkby envers la compagnie étaient à cet égard semblables à celles de M. Fairchild, le représentant international. A mon avis, si M. Kirkby était coupable de conduite illégale, l'affaire serait du ressort des tribunaux ou une requête pour permission de poursuivre pourrait être présentée en vertu de *The Ontario Labour Relations Act.*

La première question dont je traiterai ressort de la fin du dernier alinéa cité. L'arbitre avait-il raison de statuer que Wilson continuait d'être un employé de la compagnie passible de congédiement pour cause, malgré que le syndicat l'ait nommé Président à plein temps du comité d'entreprise et qu'il n'ait pas de fonctions de production? Il faut prendre en considération les dispositions suivantes de la convention collective que l'arbitre a citées, entre autres, au début de sa sentence:

[TRADUCTION] REPRÉSENTATION SYNDICALE

Comité de négociation

8. La compagnie reconnaît le droit du syndicat de choisir un comité de négociation de cinq (5) membres dont un (1) président et un (1) représentant des métiers spécialisés. La compagnie reconnaît ce comité et doit négocier avec lui toute question survenant pendant la durée de la convention. Le Président du syndicat local,

continuance of the Agreement. The President, or in his absence the Vice-President, of the Local, will be *ex officio* members of the Committee if not elected thereto.

The Plant Chairman of the Union Bargaining Committee shall be known as the full time Plant Chairman. He shall be on a full time basis for the purpose of administering the Agreement in co-operation with the regular Stewards and Committeemen. He shall be allowed free access to the Company's operations in the performance of his duties. He will be provided with an office and office facilities including desk, chair, telephone and filing cabinet, and he will be supplied with copies of Company forms concerning starts, lay-offs, discharges, releases, re-calls and changes in job classification. The Company will continue the present practice of providing Company forms involving transfers of employees.

The Vice-Chairman of the Union Bargaining Committee, or because of his unavailability, another designated representative of the Union Plant Committee shall substitute for the full time Plant Chairman should he be absent from the Plant.

The full time Plant Chairman or his substitute shall receive the rate of pay equal to the highest rate in the Bargaining Unit, and will be limited to forty (40) hours per week at straight time. He shall be responsible to the Manager, Labour Relations or his nominee.

When the Plant Chairman ceases to hold office, he shall be returned, consistent with his seniority, to the classification and to the department in which he was employed at the time of his selection as Plant Chairman, or to a job classification embracing comparable job duties to that which he held prior to his selection.

Zone Committeemen

9. The Company agrees that Union representation in each of the thirteen (13) geographical zones of the Bargaining Unit shall consist of one Zone Committeeman and two Shop Stewards. Zone Committeemen and Shop Stewards shall be elected or otherwise appointed from the employees in the geographical zone they are to represent. In addition, there will be one Skilled Trade Zone in the Bargaining Unit, represented by one Zone Committeeman and two Shop Stewards . . .

Stewards

10. If the number of employees in a geographical zone exceeds two hundred (200) in number, then the Union may add one (1) Shop Steward, and one (1) additional Shop Steward for each additional one hundred (100) employees added to the Zone. One of the said Stewards shall be known as the Chief Steward. The Chief Stew-

ou en son absence le Vice-Président, est membre *ex officio* du Comité s'il n'y est pas élu.

Le Président du comité syndical de négociation porte le nom de Président à plein temps du comité d'entreprise. Il exerce ses fonctions à plein temps afin d'appliquer la convention en coopération avec les délégués réguliers et les membres du comité. Il a libre accès aux opérations de la compagnie dans l'exécution de ses fonctions. On lui fournit un bureau avec le mobilier, dont un pupitre, une chaise, un téléphone et un classeur, ainsi que des exemplaires des formulaires qu'utilise la compagnie pour l'embauche, les mises à pied, les congédiements, les renvois, les rappels au travail et les changements de classification d'emploi. La compagnie doit continuer à fournir les formulaires relatifs aux mutations d'emploi.

Le Vice-Président du comité syndical de négociation, ou s'il n'est pas disponible, un autre représentant désigné du comité syndical d'entreprise remplace le Président du comité d'entreprise en son absence.

Le Président à plein temps du comité d'entreprise, ou son remplaçant, est payé au taux le plus élevé de l'unité de négociation, et il travaille un maximum de quarante (40) heures à temps simple. Il relève du gérant des relations de travail ou de son représentant.

Lorsque le Président du comité d'entreprise quitte son poste, il retourne, compte tenu de son ancienneté, au département où il était employé avec la classification qu'il avait au moment où il a été choisi comme Président du comité d'entreprise, ou à un poste comportant des fonctions comparables à celles qu'il exerçait avant d'être choisi.

Représentants de secteur

9. La compagnie convient que la représentation syndicale sera assurée dans chacun des treize (13) secteurs géographiques de l'unité de négociation par un représentant de secteur et deux délégués d'atelier. Les représentants de secteur et les délégués d'atelier sont élus ou autrement nommés parmi les employés du secteur géographique à représenter. De plus, l'unité de négociation comprend un secteur des métiers spécialisés, à être représenté par un représentant de secteur et deux délégués d'atelier . . .

Délégués

10. S'il y a plus de deux cents (200) employés dans un secteur géographique, le syndicat peut ajouter un (1) délégué d'atelier et un (1) délégué d'atelier supplémentaire pour chaque centaine (100) d'employés ajoutés dans ce secteur. L'un desdits délégués est le délégué en chef. Le délégué en chef a droit à quatre heures aux

ard shall be allowed four hours each Friday afternoon, on Company time, in order to consult with his fellow Stewards on matters related to the administration of the Agreement

Performance of Regular Duties—Union Business

12. The Union recognizes and agrees that Stewards, Zone Committeemen and Members of the Bargaining Committee have regular duties to perform in connection with their employment and that only such time as is reasonably necessary will be consumed by such persons during working hours in order to attend to the business of administering the Agreement

Union Business

13. Before leaving his regular duties on behalf of the Company to investigate or process a grievance or otherwise attend to the business of administering the Agreement, the Steward or Zone Committeeman must obtain the permission of his Foreman to do so, and before permission is granted, may be required to complete a form supplied by the Foreman indicating the nature of his business and the time anticipated to transact such business, it being understood that, if permission is granted and the Foreman's permission will not be unreasonably withheld, the time in excess of such may, at the Company's discretion, and after notice to the Union, be disallowed.

In accordance with this understanding, except as provided in Clause 23, the Company will compensate such employees for the time spent during their working hours in dealing with employee grievances at their regular rate of pay. The Company reserves the right to withhold payment if the Steward or Zone Committeeman does not conform to the accepted practice when dealing with grievances or if an unreasonable or abnormal amount of time is consumed in dealing with grievances. Any dispute arising from the above may be the subject of the Grievance Procedure.

I must also quote the provisions of the Collective Agreement under which, as the arbitrator noted, the local union president had been granted "Leave of Absence". This is Article 51 as follows:

Union Leave of Absence

51. (a) An employee who is elected or appointed to a full time office with the International Union or Local 1967, will be granted Leave of Absence upon written application of the International Union or the senior officer of Local 1967 as the case may be. Such Leave of Absence shall be, upon request, extended and it is understood that the Company will receive written notice

frais de la compagnie, tous les vendredis après-midi, afin de s'entretenir avec les délégués sur des sujets relatifs à l'application de la convention . . .

Exécution du travail régulier—Affaires syndicales

12. Le syndicat reconnaît et convient que les délégués, les représentants de secteur et les membres du comité de négociation doivent accomplir un travail régulier en rapport avec leur emploi, et qu'ils ne doivent prendre que le temps raisonnablement requis pour s'occuper de l'application de la convention durant les heures de travail . . .

Affaires syndicales

13. Avant de quitter le travail qu'il exécute normalement pour la compagnie, afin d'enquêter sur un grief ou le préparer, ou pour autrement s'occuper de l'application de la convention, le délégué ou le représentant de secteur doit obtenir la permission de son contremaître qui, avant d'accorder cette permission, peut lui demander de remplir un formulaire qu'il lui fournira, indiquant la nature des affaires et le temps prévu pour s'en acquitter; il est entendu que si la permission est accordée, et elle ne sera pas refusée de façon déraisonnable, le temps pris en trop pourra être déduit, à la discrétion de la compagnie, après avis au syndicat.

Conformément à cette entente, sous réserve de l'article 23, la compagnie doit payer ces employés au taux régulier, pour le temps consacré aux griefs des employés durant les heures de travail. La compagnie se réserve le droit de retenir le paiement si le délégué ou le représentant de secteur ne se conforme pas à la pratique acceptée pour s'occuper des griefs, ou s'il y consacre un temps déraisonnable ou anormal. Tout différend concernant les dispositions ci-dessus peut faire l'objet d'un grief.

Je dois également citer les dispositions de la convention collective en vertu desquelles, comme l'a remarqué l'arbitre, le président du syndicat local a eu droit à un «congé autorisé». Il s'agit de l'article 51 qui se lit comme suit:

Congé syndical autorisé

51. (a) Un employé qui est élu ou nommé à un poste à plein temps du Syndicat international ou du Local 1967, a droit à un congé autorisé, sur demande écrite du Syndicat international ou de l'agent principal du Local 1967, selon le cas. Ce congé est prolongé sur demande, et il est entendu que le Syndicat international ou le Local 1967 doivent aviser respectivement par écrit la

from the International Union or Local 1967 respectively to this effect.

(b) The International Union or Local 1967 agrees also to advise the Company in writing once annually of the names of those Douglas employees who are engaged in full time duties with the Union.

(c) Upon similar application, leave will be granted for periods up to ten (10) days to permit members of the Bargaining Unit to attend conventions, educational seminars or conferences called by the International Union or other Labour Councils. It is understood that not more than fifteen (15) members will be absent at one time under this clause and that applications for leave will be presented in writing as soon as possible—in any case not less than five (5) working days—in order that the Company may provide replacements, if necessary.

(d) It is understood that requests which exceed the numbers quoted above may be granted providing the individuals can be spared from production.

(e) If an employee returns to the Bargaining Unit from a full time office with the International Union, the return shall be to the former Job Classification or a Job Classification embracing comparable job duties to that which he held prior to leave of absence, providing such return does not result in a lay-off or bumping of an employee holding greater seniority.

(f) When an employee returns to the Bargaining Unit from a full time office with Local 1967, he shall be returned consistent with his seniority, to the classification and to the department in which he was employed at the time of his selection to such office, or to a Job Classification embracing comparable job duties to that which he held prior to his selection.

It appears to me that the arbitrator correctly held that the difference in wording between Article 8 and Article 51 indicated an intention not to give the Plant Chairman the same status as the Union President. The latter is given "Leave of Absence" and becomes an employee of the Union. The Plant Chairman is only relieved of production duties just as other committee members and stewards are for the time they are allowed to spend on "Union business" in "administering the Agreement" on "Company time" (See Art. 10, 12, 13). It is clear that stewards and committee members do not cease to be employees for the time devoted to such activities and it does not appear to me that

compagnie en ce sens.

(b) Le Syndicat international ou le Local 1967 conviennent également d'aviser par écrit la compagnie, une fois par an, des noms des employés de Douglas s'occupant à plein temps d'activités syndicales.

(c) Sur semblable demande, il sera accordé aux membres de l'unité de négociation jusqu'à dix (10) jours de congé afin de leur permettre d'assister à des congrès, des séminaires de formation ou des conférences organisées par le Syndicat international ou d'autres Conseils du travail. Il est entendu qu'en vertu de cette clause, au plus quinze (15) membres seront absents en même temps, et que les demandes de congé seront présentées par écrit dès que possible—au moins cinq (5) jours ouvrables à l'avance—afin que la compagnie puisse prévoir les remplacements, si nécessaire.

(d) Il est entendu qu'un plus grand nombre de demandes peuvent être accordées si la production n'exige pas la présence de ces personnes.

(e) Si un employé réintègre l'unité de négociation après avoir occupé un poste à plein temps auprès du Syndicat international, il retourne à un poste de sa classification antérieure ou à un poste comportant des fonctions comparables à celles qu'il exerçait avant son congé autorisé, dans la mesure où cette réintégration ne cause pas la mise à pied ou la rétrogradation d'un employé qui a plus d'ancienneté.

(f) Lorsqu'un employé réintègre l'unité de négociation après avoir occupé un poste à plein temps auprès du Local 1967, il retourne, compte tenu de son ancienneté, au département où il était employé avec la classification qu'il avait au moment où il a été choisi pour ce poste, ou à un poste comportant des fonctions comparables à celles qu'il exerçait avant d'être choisi.

Il me paraît que l'arbitre a eu raison de décider que la rédaction différente des articles 8 et 51 indique une intention de ne pas donner au Président du comité d'entreprise le même statut qu'au Président du syndicat. Ce dernier reçoit un «congé autorisé» et devient employé du syndicat. Le Président du comité d'entreprise est seulement libéré de ses fonctions de production, tout comme le sont les autres membres du comité et les délégués, pendant le temps qu'il leur est permis de consacrer aux «affaires syndicales», à «l'application de la convention», «aux frais de la compagnie» (Voir art. 10, 12 et 13). Il est clair que les délégués et les membres du comité ne cessent pas d'être employés durant le

it is otherwise for the Plant Chairman just because he is allowed full time for such activities rather than part time only. Where it was intended that union officials should cease to be "on Company time" it was clearly provided for "leave of absence". This was not done for the Plant Chairman and, in this connection I would draw attention to the following provision in Appendix III, Letters of Intent, No 34. "*Re: Union Business Practice*".

(13) In the event the Plant Chairman requires the presence of a zone committeeman and/or a Steward in his office, he will contact the Manager of Labour Relations or his designee, who will make the necessary arrangements as soon as possible.

The Chairman will have the responsibility to ensure that persons will not congregate nor spend excessive time in his office when they are given permission to be there.

It is argued that the duties of the Plant Chairman are to the Union, not to the Company and reference is made to the judgment in *Re Federation of Telephone Workers of British Columbia and British Columbia Telephone Co.*³ on which the Divisional Court relied. I do not disagree with that proposition and I accept that the Company could not complain of a breach of duty to it by Wilson because none existed. However, breach of duty, is not the only possible cause for which an employee may be dismissed, there is also misconduct. Although he did not use the word, this is clearly what the arbitrator found when he said:

The statements made by the grievor are not only consistent with the unlawfulness of the acts complained of but to treat his statements as innocent remarks in light of all the surrounding circumstances would be naive to the extreme ... His participation was not merely passive. I find that the evidence clearly demonstrates his leadership in causing employees to contravene the collective agreement.

Concerning the "unlawfulness" mentioned by the arbitrator the following provisions of *The*

³ (1971), 23 D.L.R. (3d) 18.

temps consacré à ces activités, et je ne crois pas qu'il en aille autrement du Président du comité d'entreprise simplement parce qu'on lui permet de s'occuper de ces tâches à plein temps plutôt qu'à temps partiel. Lorsqu'on a voulu que des représentants syndicaux cessent d'être rémunérés «aux frais de la compagnie», on a clairement prévu un «congé autorisé». Cela n'est pas le cas du Président du comité d'entreprise et je signale à cet égard la disposition suivante de l'Annexe III, Lettres d'intention, n° 34. «*Objet: Pratique relative aux affaires syndicales*».

[TRADUCTION] (13) Si le Président du comité d'entreprise requiert la présence d'un représentant de secteur et/ou d'un délégué dans son bureau, il doit entrer en contact avec le gérant des relations de travail ou la personne que celui-ci a désignée, qui prendra dès que possible les dispositions nécessaires.

Le Président aura la responsabilité de s'assurer que ces personnes ne se réunissent, ni ne passent un temps excessif dans son bureau lorsqu'elles ont la permission d'y être.

On allègue que le Président du comité d'entreprise a des obligations envers le syndicat, pas envers la compagnie, et on réfère au jugement rendu dans l'affaire *Re Federation of Telephone Workers of British Columbia and British Columbia Telephone Co.*³, sur lequel s'est fondée la Cour divisionnaire. Je n'en disconviens pas et admetts que la compagnie ne pouvait se plaindre de l'inexécution d'une obligation de la part de Wilson puisqu'il n'en avait aucune. Cependant, l'inexécution d'une obligation n'est pas le seul motif possible de renvoi d'un employé: il y a aussi toute faute grave. Bien qu'il n'ait pas utilisé cette expression, c'est clairement ce à quoi conclut l'arbitre lorsqu'il dit:

[TRADUCTION] Ses déclarations ne sont pas seulement compatibles avec l'illégalité des actes dont on se plaint, mais il faudrait être extrêmement naïf pour considérer ses remarques anodines, compte tenu de toutes les circonstances ... Sa participation n'était pas purement passive. La preuve démontre clairement qu'il a comme leur chef poussé les employés à violer la convention collective.

En ce qui concerne «l'illégalité» mentionnée par l'arbitre, il faut remarquer les dispositions suivant-

³ (1971), 23 D.L.R. (3d) 18.

Labour Relations Act (R.S.O. 1970, c. 232) should be noted.

63. (1) Where a collective agreement is in operation, no employee bound by the agreement shall strike and no employer bound by the agreement shall lock out such an employee.

(3) No employee shall threaten an unlawful strike and no employer shall threaten an unlawful lock-out of an employee.

67. (1) No person shall do any act if he knows or ought to know that, as a probable and reasonable consequence of the act, another person or persons will engage in an unlawful strike or an unlawful lock-out.

In the light of these provisions, Wilson could not claim to have been improperly disciplined for activities as Plant Chairman for which he was answerable only to the Union. Those activities properly embraced only the "administering of the Agreement". The instigation of a strike contrary to the provisions of the Agreement was completely outside the range of activities which could be considered as within the scope of the duties of the Plant Chairman. By engaging in this unlawful activity Wilson did something for which he could claim no immunity just as would be the case for any public official committing an illegal act while on public duty.

I do not find it necessary to comment on what the arbitrator said he would hold "if Mr. Wilson's participation in a work stoppage were merely passive". There is a clear finding of "active leadership" which cannot be challenged and, in my view, fully supports the conclusion reached by the arbitrator both as respects the cause of the disciplinary discharge and the severity of the penalty. What the situation would be otherwise is immaterial. I wish to make it clear that I am purposely refraining from any reference to decisions respecting the situation of labour union officials with respect to injunctions or cease and desist orders, what I am presently saying is intended to be limited to a consideration of the situation disclosed in the present case.

tes de *The Labour Relations Act* (R.S.O. 1970, chap. 232):

[TRADUCTION] 63. (1) Lorsqu'une convention collective est en vigueur, un employé lié par la convention ne doit pas faire la grève et un employeur lié par la convention ne doit pas décréter le lock-out à l'égard d'un tel employé.

(3) Un employé ne doit pas menacer de faire une grève illégale et un employeur ne doit pas menacer de décréter le lock-out illégal à l'égard d'un employé.

67. (1) Nul ne doit poser un acte quelconque s'il sait ou doit savoir que cet acte aura pour conséquence probable et raisonnable d'entraîner une personne ou des personnes à une grève illégale ou un lock-out illégal.

Compte tenu de ces dispositions, Wilson ne pouvait prétendre avoir été injustement congédié en raison de ses activités de Président du comité d'entreprise, dont il ne devait répondre qu'au syndicat. Ces activités se limitaient exclusivement à «l'application de la convention». L'incitation à une grève, en violation des dispositions de la convention, débordait complètement le cadre des activités qui pouvaient faire partie des fonctions du Président du comité d'entreprise. Par cet acte illégal, Wilson faisait quelque chose pour quoi il ne pouvait se prévaloir d'aucune immunité, tout comme n'importe quel fonctionnaire public qui commet un acte illégal au cours de ses fonctions officielles.

Je n'estime pas nécessaire de commenter les propos de l'arbitre au sujet de ce qu'il déciderait [TRADUCTION] «si la participation de M. Wilson à un arrêt de travail était purement passive»? Il a clairement conclu que le réclamant a joué «le rôle actif de meneur». Cette conclusion est incontestable et à mon avis, justifie pleinement la décision de l'arbitre quant à la juste cause de congédiement disciplinaire et à la sévérité de la sanction. Il n'y a pas lieu de rechercher quel serait le résultat dans une autre situation. Je tiens à souligner que je m'abstiens intentionnellement de toute référence à des décisions sur le statut des responsables syndicaux à l'égard d'injonctions et d'ordonnances de ne pas faire; mes propos se limitent à l'étude de la situation dans la présente affaire.

In the result, I would allow the appeal with respect to all the respondents, set aside the judgments of the Courts below and restore the awards of the arbitrator. The appellant is entitled to its costs throughout against the respondent grievors.

The following reasons were delivered by

ESTEY J. (*dissenting in part*)—An arbitration resulting from an illegal work stoppage at the appellant's plant in Malton comes to us by way of the Divisional Court of the High Court of Ontario whose judgment setting aside the arbitrator's award was confirmed without reasons by the Ontario Court of Appeal. The arbitrator by agreement amongst counsel heard four grievance arbitrations consecutively and issued four separate awards although cross-references, particularly with reference to the facts, appear in these awards.

The four grievors, now respondents, were four of five members of the union bargaining committee at the appellant's plant. The fifth member of that committee, one William Hill, was the subject of another arbitration and I will refer to this later. In each case, the grievance is taken against the action of the appellant in discharging the grievors by reason of their participation in a "sick-in." The facts can be briefly stated. On Wednesday, September 26, 1973 some of the appellant's employees were involved in a demonstration in support of the employees of the Artistic Woodworking Company, which dispute was completely unrelated to any dealing between Douglas Aircraft and Local 1967. Due to their involvement in the Artistic dispute, five members of Local 1967, including one Harbinson, a member of the bargaining committee for Local 1967, reported late for work. On September 28, 1973, management representatives met with the union bargaining committee to deal with a grievance not connected with the issues now arising. In the course of the meeting, Harbinson was called out to meet his supervisor for the purpose of receiving notice of his suspension for late arrival at work by reason of participation in the Artistic dispute. During this meeting, the respondent Wilson, on hearing of Harbinson's suspension, stated to the management personnel present: "If

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi à l'égard de tous les intimés, d'infirmer le jugement des cours d'instance inférieure et de rétablir les sentences de l'arbitre. L'appelante a droit à ses dépens dans toutes les cours contre les réclamants intimés.

Version française des motifs rendu par

LE JUGE ESTEY (*dissident en partie*)—Le pourvoi vise une sentence arbitrale rendue à la suite d'un arrêt de travail illégal dans l'usine de l'appelante à Malton. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé sans publier de motifs le jugement de la Cour divisionnaire de la Haute Cour de l'Ontario qui a écarté la sentence de l'arbitre. Avec le consentement des avocats, l'arbitre a entendu les quatre griefs consécutivement et a rendu quatre sentences distinctes bien qu'on y retrouve des éléments communs, particulièrement en ce qui concerne les faits.

Les quatre réclamants, intimés devant cette Cour, étaient quatre des cinq membres du comité syndical de négociation dans l'usine de l'appelante. Il y a eu un autre arbitrage à l'égard du cinquième membre de ce comité, un nommé William Hill; j'y reviendrai plus tard. Tous ces griefs ont été présentés par les réclamants contre l'appelante qui les a congédiés en raison de leur participation à un «sick-in». On peut brièvement résumer les faits. Le mercredi 26 septembre 1973, certains employés de l'appelante ont participé à une manifestation d'appui aux employés d'Artistic Woodworking Company, dont le conflit était étranger à toute relation entre Douglas Aircraft et le local 1967. En raison de leur participation au conflit Artistic, cinq membres du local 1967, y compris un nommé Harbinson, membre du comité de négociation du local 1967, se sont présentés en retard au travail. Le 28 septembre 1973, des représentants de la direction ont rencontré le comité syndical de négociation afin d'examiner un grief étranger aux questions ici en litige. Pendant la réunion, Harbinson a été appelé hors de la salle afin de rencontrer son supérieur qui lui a remis un avis de suspension pour son retard en raison de sa participation au conflit Artistic. Informé de la suspension de Harbinson, l'intimé Wilson a déclaré aux représentants de la direction présents à la réunion: [TRADUC-

you discipline people for this, you are going to have troubles," and thereupon Mr. Wilson and the rest of the committee left the meeting. The respondents Benjamin and McConnell did not dissociate themselves from Wilson's statement, nor did the other remaining member of the committee, Mr. Hill. On the afternoon of September 28, a number of employees were seen to leave the appellant's premises earlier than the scheduled termination of their work. The respondent Wilson and the respondent Benjamin were seen speaking to employees of the appellant in the plant after which the employees were seen to leave their work. The respondent Benjamin was heard to request some employees to stop work and leave. What ensued is summarized by J. D. O'Shea, Q.C., Arbitrator, in his award concerning the grievance of the respondent Wilson:

Mr. Nash contacted the guard house and requested that Mr. Wilson be asked to come to Mr. Birch's office. When Wilson arrived, accompanied by Mr. Naples, a union steward, Mr. Birch asked if Mr. Wilson was attempting to encourage a concerted illegal action. This was denied by Mr. Wilson. The following Monday, October 1st, the plant was in full operation. However there were many rumours that union representatives were asking employees to book off sick the following day, October 2nd. The company called a meeting with the bargaining committee at 3.00 p.m. on October 1st. In attendance at this meeting were Messrs. Wilson, Benjamin, Hill, McConnell and Mr. Hopkinson (who replaced Mr. Harbinson as a member of the bargaining committee for the period of Mr. Harbinson's suspension). Mr. Kirkby, the president of the local union was also in attendance. Kirkby was on a full time leave of absence for the term of his office as president. He was paid by the union and had no production duties to perform.

On October 2nd, there was an abnormal amount of absenteeism in the plant. The heaviest concentration of absenteeism was in the areas where the bargaining committeemen worked. With the exception of Mr. Wilson, all the bargaining committee were absent from work on October 2nd. By reason of his position, Mr. Wilson had no production duties on October 2nd.

The daily absences at the plant averaged 180 employees or less. However on October 2nd there were a total of 525 absences. The evidence also established that while three or four union officers might be absent on

TION] «Si vous punissez les gens pour ça vous allez avoir des problèmes», sur quoi M. Wilson et le reste du comité ont quitté la réunion. Ni les intimés Benjamin et McConnell ni l'autre membre du comité, M. Hill, n'ont exprimé leur désaccord avec la déclaration de Wilson. Dans l'après-midi du 28 septembre, on a vu certains employés quitter l'usine de l'appelante avant l'heure prévue. On a vu les intimés Wilson et Benjamin parler à des employés de l'appelante dans l'usine, après quoi ces employés ont quitté le travail. On a entendu l'intimé Benjamin demander à certains employés d'arrêter de travailler et de partir. La suite des événements est résumée par l'arbitre J. D. O'Shea, c.r., dans sa sentence sur le grief de l'intimé Wilson:

[TRADUCTION] M. Nash a communiqué avec le bureau des gardiens pour qu'on demande à M. Wilson de venir au bureau de M. Birch. Lorsque Wilson est arrivé, accompagné de M. Naples, délégué syndical, M. Birch a demandé si M. Wilson essayait d'encourager une action illégale concertée. M. Wilson a répondu non. Le lundi suivant, 1^{er} octobre, l'usine fonctionnait normalement. Il courait cependant de nombreuses rumeurs selon lesquelles des représentants syndicaux demandaient aux employés de se déclarer malades le jour suivant, le 2 octobre. La compagnie a convoqué une réunion avec le comité de négociation à 15h le 1^{er} octobre. Étaient présents à cette réunion MM. Wilson, Benjamin, Hill, McConnell et Hopkinson (qui remplaçait M. Harbinson à titre de membre du comité de négociation pendant la suspension de ce dernier). Le président du syndicat local, M. Kirkby, était également présent. Kirkby était en congé à plein temps pour la durée de son mandat de président. Il était payé par le syndicat et ne participait pas à la production.

Le 2 octobre, l'usine a connu un niveau d'absentéisme inhabituel particulièrement élevé dans les endroits où travaillaient les membres du comité de négociation. A l'exception de M. Wilson, tout le comité de négociation était absent du travail le 2 octobre. En raison de son poste, M. Wilson ne participait pas à la production le 2 octobre.

La moyenne des absences quotidiennes à l'usine était de 180 employés ou moins. Cependant, le 2 octobre 525 personnes étaient absentes. La preuve a également démontré que trois ou quatre représentants syndicaux

any given day, on October 2nd 66 officers or officials of the union were absent from work.

At about 8:20 a.m. on October 2nd the general foreman met Mr. Wilson in the plant. The general foreman expressed surprise at seeing Mr. Wilson in the plant at that time. Mr. Wilson replied that he was only there to see what was going on. Mr. Wilson then pointed to a couple of drivematic machine operators and said, "Look at the bastards, they can't even look me straight in the face". He then pointed to another employee and said, "That little Portuguese bastard was saying yesterday that we should all be out in the street, but he comes in to work today". Mr. Wilson then made inquiries as to the number of operators and maintenance men who were to work.

At about 8:50 a.m. on October 2nd, Mr. Wilson telephoned the company and advised that the regular step 3 grievance meeting which was scheduled that day would have to be cancelled since all the bargaining committee and all the executive board were absent from work. Only one out of fourteen zone committeemen and two out of some forty-nine stewards were at work on October 2nd.

An employee also testified that Mr. Benjamin had approached him on October 1st and asked him and two other employees not to come into work the following day but to phone in and report that they were sick. The employee further testified that Mr. Benjamin had approached him and two other employees around 2:30 p.m. on Friday, September 28th and asked them "to get the hell out otherwise it would be rough on the guys already out". The witness further testified that he had seen a number of employees punching out between 2:00 p.m. and 2:30 p.m. on Friday. After this time no work was accomplished because a lot of employees were standing around in small groups discussing the matter. The witness testified that he did not punch out as requested because he did not want to lose wages.

The appellant responded to these actions on the 2nd of October by convening a meeting with union representatives and sending a notice to each of the respondent grievors which stated in part as follows:

Further to our discussion of Tuesday, October 2nd, 1973 this will confirm that your employment has been terminated for the role you played in the work interruption of October 2nd, 1973.

pouvaient être absents le même jour, mais que le 2 octobre, 66 représentants ou agents syndicaux étaient absents du travail.

Vers 8h20 le 2 octobre, le contremaître général a rencontré M. Wilson dans l'usine, et s'est dit étonné de l'y voir à cette heure. M. Wilson a répondu qu'il était là seulement pour voir ce qui se passait. M. Wilson a ensuite désigné quelques opérateurs de machine automatiques et dit, «Regarde ces bâtards, ils ne peuvent même pas me regarder droit dans les yeux». Il a ensuite désigné un autre employé et dit, «Ce petit bâtard de Portugais disait hier que nous devrions tous sortir dans la rue, mais il est au travail aujourd'hui». M. Wilson s'est ensuite enquis du nombre d'opérateurs et d'employés d'entretien qui étaient au travail.

Vers 8h50 le 2 octobre, M. Wilson a téléphoné à la compagnie pour annoncer que la réunion régulière de la troisième étape de griefs qui était prévue ce jour-là devrait être annulée puisque tous les membres du comité de négociation et du conseil de direction étaient absents du travail. Seulement un des quatorze représentants de secteur et deux des quelque quarante-neuf délégués syndicaux étaient au travail le 2 octobre.

Un employé a également témoigné que M. Benjamin l'avait abordé le 1^{er} octobre pour lui demander, ainsi qu'à deux autres employés, de ne pas se présenter au travail le jour suivant, mais de téléphoner et de se déclarer malade. Cet employé a en outre déclaré que M. Benjamin l'avait abordé, lui et deux autres employés, vers 14h30 le vendredi 28 septembre, et leur avait demandé «de sortir au plus vite, sinon cela serait difficile pour les employés déjà sortis». Le témoin dit également avoir vu un certain nombre d'employés poinçonner leurs cartes de sortie entre 14h00 et 14h30 le vendredi. Il ne s'est fait aucun travail après cette heure-là parce que beaucoup d'employés s'étaient réunis en petits groupes pour discuter de l'affaire. Le témoin a déclaré qu'il n'avait pas poinçonné sa carte de sortie comme on le lui avait demandé parce qu'il ne voulait pas perdre de salaire.

L'appelante a réagi aux événements du 2 octobre en convoquant une réunion avec les représentants du syndicat et en envoyant à chaque réclama-
nant intimé un avis qui se lit en partie comme suit:

[TRADUCTION] Suite à notre conversation du mardi 2 octobre 1973, la présente confirme qu'il a été mis fin à votre emploi en raison de votre rôle dans l'arrêt de travail du 2 octobre 1973.

The Company response included other actions such as the suspension of the six-man executive committee of the union for varying periods from 5 to 23 days; the suspension of zone committeemen for 3 days; and the issuance to 47 union stewards of a final warning and to the rank and file employees, a warning.

Apparently the "sick-in" was the continuation or repetition of earlier episodes which had culminated in the incorporation into the collective agreement current in 1973 of an exchange of correspondence between the appellant and the international union to which the local, the bargaining agent of the grievors, belonged. These letters included one from the Staff Vice-President - Personnel of the Appellant's parent company, McDonnell Douglas Corporation, to the Vice-President and Director, Aerospace Department, United Automobile Workers, dated November 12, 1971 which, after reciting (a) that the author of the letter regarded work-to-rule, slowdowns, etc. as violations of the law and (b) that, due to the competitive nature of the business in which the appellant is engaged, namely aircraft manufacturing, concerted work stoppages operated to the detriment of the Company and the job security of the employees, stated:

The Company, therefore, is prepared to take appropriate action against any individual or groups of individuals who lead, direct, participate or engage in such concerted activities either as a violation of the no-strike provisions of our agreement or under the applicable provisions of the Labour Relations Act, or both.

The letter continued:

This letter is directed to the attention of those appropriate personnel in your organization and represented by your organization, so all concerned will be aware that such violations will be infractions, on which the management intends to invoke immediate discipline.

The International Union replied and its letter is incorporated into the collective agreement as well. It reads in part:

... we will not condone any slowdowns, work stoppages or illegal strikes ... [and] the International Union will not support any such action morally or financially if such action should occur.

La compagnie a également pris d'autres mesures comme la suspension des six membres du comité de direction du syndicat pour des périodes de 5 à 23 jours, la suspension des représentants de secteur pour 3 jours, un avertissement final aux 47 délégués syndicaux, et un avertissement aux simples employés.

Le «sick-in» constituait apparemment le prolongement ou la répétition d'événements antérieurs qui avaient abouti à l'incorporation à la convention collective en vigueur en 1973 d'un échange de correspondance entre l'appelante et le syndicat international auquel adhérait le local, agent négociateur des réclamants. Parmi ces lettres, il en est une que le vice-président du personnel de la compagnie-mère de l'appelante, McDonnell Douglas Corporation, avait envoyée le 12 novembre 1971 au vice-président et directeur des Travailleurs unis de l'automobile, Division de l'aéronautique; après avoir déclaré a) que l'auteur de la lettre considérait la grève du zèle, les ralentissements de travail, etc... comme des violations des règles applicables et b) que, vu la nature concurrentielle des affaires de l'appelante, soit la construction aéronautique, les arrêts de travail concertés nuisaient à la compagnie et à la sécurité d'emploi des employés, la lettre disait:

[TRADUCTION] La compagnie est donc prête à prendre les mesures appropriées contre toute personne ou tout groupe de personnes qui conduisent ou ordonnent ce genre d'activités concertées ou y participent, que ce soit en violation des dispositions qui interdisent la grève dans notre convention ou des dispositions pertinentes de *The Labour Relations Act*, ou les deux.

La lettre poursuit:

[TRADUCTION] Nous attirons l'attention des membres de votre organisation et des personnes qu'elle représente sur cette lettre, afin que toutes les personnes concernées sachent que des violations de ce genre constituent des infractions contre lesquelles la direction a l'intention de sévir immédiatement.

La réponse du syndicat international fait également partie de la convention collective. En voici un extrait:

[TRADUCTION] ... nous n'excuserons aucun ralentissement de travail, arrêt de travail ou grève illégale ... [et] le syndicat international n'appuiera aucun mouvement de ce genre, moralement ou financièrement, s'il devait se produire.

A similar exchange of letters between the appellant and the Vice-President and Director, U.A.W., Canada was likewise incorporated into the collective agreement. The letter from the appellant to D. McDermott, Vice-President and Director of U.A.W., Canada reads in part as follows:

We wish to reiterate however, the position also taken in negotiations that we intend to enforce the terms of the new Collective Agreement and prevent any repetition of the type of conduct set forth in the grievance. This enforcement may involve the discipline of employees including discharge and will of necessity result in more severe discipline being applied to any Union representatives involved. In as much as the Company should not suffer any damage as a result of any future breach of the Collective Agreement for which the Union has been responsible we will again look to the Union for recovery of any loss suffered through the filing of a Policy Grievance under the arbitration procedure provided by the Ontario Labour Relations Act.

It is our honest desire to improve Union/Management relations, but we wish to impress upon you our intention to ensure future compliance with the Collective Agreement.

Article 8 establishing the bargaining committee under the collective agreement is of considerable significance in these proceedings and I set it out in full.

8. The Company acknowledges the right of the Union to select a Bargaining Committee of five (5) members of whom one (1) shall be the Chairman and one (1) the Skilled Trades Committeeman. The Company will recognize and bargain with the said committee on any matter properly arising from time to time during the continuance of the Agreement. The President, or in his absence the Vice-President, of the Local, will be *ex officio* members of the Committee if not elected thereto.

The Plant Chairman of the Union Bargaining Committee shall be known as the full time Plant Chairman. He shall be on a full time basis for the purpose of administering the Agreement in co-operation with the regular Stewards and Committeemen. He shall be allowed free access to the Company's operations in the performance of his duties. He will be provided with an office and office facilities including desk, chair, telephone and filing cabinet, and he will be supplied with copies of Company forms concerning starts, lay-offs, discharges, releases, re-calls and changes in job classification. The Company will continue the present practice

La convention collective contient également un échange semblable de correspondance entre l'appelante et le vice-président et directeur des T.U.A. du Canada. La lettre de l'appelante à D. McDermott, vice-président et directeur des T.U.A. du Canada se lit en partie comme suit:

[TRADUCTION] Nous voulons toutefois rappeler la position que nous avons aussi adoptée lors des négociations, savoir qu'il entre dans nos intentions de faire respecter les conditions de la nouvelle convention collective et d'empêcher toute répétition du genre de conduite décrite dans le grief. Cela peut signifier à l'égard d'employés des mesures disciplinaires, y compris le renvoi, et entraînera forcément des mesures plus sévères si des représentants syndicaux sont concernés. Étant donné que la compagnie ne devrait subir aucun dommage par suite de toute violation future de la convention collective dont le syndicat serait responsable, nous réclamerons encore le dédommagement de toute perte subie en présentant un grief collectif en vertu de la procédure d'arbitrage prévue par *The Ontario Labour Relations Act*.

Nous désirons sincèrement améliorer les relations patronales-syndicales, mais nous tenons à vous faire bien comprendre que nous avons la ferme intention d'assurer le respect de la convention collective.

L'article 8 qui crée le comité de négociation en vertu de la convention collective présente une importance considérable en l'espèce; je le reproduis intégralement.

[TRADUCTION] 8. La compagnie reconnaît le droit du syndicat de choisir un comité de négociation de cinq (5) membres dont un (1) président et un (1) représentant des métiers spécialisés. La compagnie reconnaît ce comité et doit négocier avec lui toute question survenant pendant la durée de la convention. Le Président du syndicat local, ou en son absence le Vice-Président, est membre *ex officio* du Comité s'il n'y est pas élu.

Le Président du comité syndical de négociation porte le nom de Président à plein temps du comité d'entreprise. Il exerce ses fonctions à plein temps afin d'appliquer la convention en coopération avec les délégués réguliers et les membres du comité. Il a libre accès aux opérations de la compagnie dans l'exécution de ses fonctions. On lui fournit un bureau avec le mobilier, dont un pupitre, une chaise, un téléphone et un classeur, ainsi que des exemplaires des formulaires qu'utilise la compagnie pour l'embauche, les mises à pied, les congédiements, les renvois, les rappels au travail et les changements de classification d'emploi. La compagnie doit

of providing Company forms involving transfers of employees.

The Vice-Chairman of the Union Bargaining Committee, or because of his unavailability, another designated representative of the Union Plant Committee shall substitute for the full time Plant Chairman should he be absent from the Plant.

The full time Plant Chairman or his substitute shall receive the rate of pay equal to the highest rate in the Bargaining Unit, and will be limited to forty (40) hours per week at straight time. He shall be responsible to the Manager, Labour Relations or his nominee.

When the Plant Chairman ceases to hold office, he shall be returned, consistent with his seniority, to the classification and to the department in which he was employed at the time of his selection as Plant Chairman, or to a job classification embracing comparable job duties to that which he held prior to his selection.

The first grievance, that of Mr. William Hill, was heard by another arbitrator who reduced the penalty of discharge imposed by the appellant employer to a suspension of four weeks together with an order for reinstatement. An application for judicial review was dismissed in Weekly Court⁴.

The four respondents fall into two categories so far as their activities during the events in question are concerned. Wilson and Benjamin took an active part in the sense that the evidence includes several references, some of which are noted above, where these respondents ordered, persuaded, directed or somehow attempted to cause employees either the cease work or to join the "sick-in". The respondent Benjamin also absented himself from work on October 2, 1973. Wilson, of course, had no production duties to perform in the plant. The other group, being Messrs. Hopkinson and McConnell, are not the subject of any such evidence, their attachment to the events being as members of the union bargaining committee and their absence from work on October 2, 1973. They had full knowledge of the collective agreement and of the announced policy of the appellant as to its response in the event of work stoppages contrary to the agreement. They did not report for work on the 2nd of October. In the case of McConnell, he was present on the 28th of September when the

continuer à fournir les formulaires relatifs aux mutations d'emploi.

Le Vice-Président du comité syndical de négociation, ou s'il n'est pas disponible, un autre représentant désigné du comité syndical d'entreprise remplace le Président du comité d'entreprise en son absence.

Le Président à plein temps du comité d'entreprise, ou son remplaçant, est payé au taux le plus élevé de l'unité de négociation, et il travaille un maximum de quarante (40) heures à temps simple. Il relève du gérant des relations de travail ou de son représentant.

Lorsque le Président du comité d'entreprise quitte son poste, il retourne, compte tenu de son ancienneté, au département où il était employé avec la classification qu'il avait au moment où il a été choisi comme Président du comité d'entreprise, ou à un poste comportant des fonctions comparables à celles qu'il exerçait avant d'être choisi.

Le premier grief, celui de M. William Hill, a été entendu par un autre arbitre qui a réduit le congédiement imposé par l'employeur appelant à une suspension de quatre semaines et ordonné sa réintégration. La Cour des sessions hebdomadaires a rejeté une demande de contrôle judiciaire⁴.

Les quatre intimés appartiennent à deux catégories distinctes en ce qui concerne leurs activités au cours des événements en question. Wilson et Benjamin ont joué un rôle actif en ce sens que plusieurs parties des témoignages, j'en ai déjà signalé quelques-unes, mentionnent que ces intimés ont ordonné à des employés soit de cesser le travail soit de se joindre au «*sick-in*», ou les y ont entraînés ou ont autrement essayé de les inciter à le faire. De plus, l'intimé Benjamin s'est lui-même absenté du travail le 2 octobre 1973. Wilson n'avait bien sûr aucun travail à effectuer dans l'usine. Il n'existe pas de preuve semblable à l'égard de l'autre groupe, soit MM. Hopkinson et McConnell, leur participation aux événements se limite à leur qualité de membres du comité syndical de négociation et à leur absence du travail le 2 octobre 1973. Ils connaissaient parfaitement la convention collective et la politique déclarée de l'appelante en cas d'arrêt de travail en violation de la convention. Ils ne se sont pas présentés au travail le 2 octobre. McConnell était présent le 28

⁴ (1974), 4 O.R. (2d) 521.

⁴ (1974), 4 O.R. (2d) 521.

respondent Wilson made his statement, quoted above, relating to the discipline of employees for participation in a demonstration at a plant in no way connected with that of the appellant. Hopkinson did not join the committee until after the meeting of the 28th of September.

The learned arbitrator dismissed all four grievances. The Divisional Court quashed the arbitrator's decision. Osler J. for the court stated:

It may well be thought that in each case the conduct found by the arbitrator was sufficient to justify the penalty of discharge, even if it went no further than has been indicated above. The difficulty arises, however, because the arbitrator applied the provisions of the agreement and in particular the provisions of article 8 thereof, and concluded that there was a positive obligation resting upon members of the bargaining committee, (a) to disassociate themselves from the remarks made by other members indicating instigation or support of the sick-in, and (b) to attempt to bring the sick-in to a conclusion.

We are all of the view that no such interpretation can reasonably be placed upon the language of the agreement and in particular the language of the article mentioned.

This case raises the difficult and fundamental question as to the scope for judicial review of a labour arbitration board's decision. Such an arbitration board is not, by the terms of *The Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, c. 232 as amended, protected from judicial review by *certiorari* or otherwise as is the Ontario Labour Relations Board established under that Act, because the section in question, generally referred to as a privative clause, is limited to the Ontario Labour Relations Board. *Vide s. 97, The Labour Relations Act*. Thus we are here examining the award of a statutory tribunal through the eyes of a court sitting in judicial review which, by *The Judicial Review Procedure Act*, 1971 (Ont.), c. 48, s. 2, includes all the powers and judicial authority formerly exercised in an application for a writ of *certiorari*, and which judicial review is not reduced in scope by any applicable privative clause. That the tribunal in question is a labour arbitration board established under a collective agreement

septembre lorsque l'intimé Wilson a fait sa déclaration, citée précédemment, au sujet des mesures disciplinaires contre des employés pour participation à une manifestation chez une entreprise tout à fait étrangère à celle de l'appelante. Hopkinson ne s'est joint au comité qu'après la réunion du 28 septembre.

Le savant arbitre a rejeté les quatre griefs. La Cour divisionnaire a annulé la décision de l'arbitre. Le juge Osler a dit au nom de la Cour:

[TRADUCTION] Il est permis de penser que les conclusions que l'arbitre a tirées dans chaque cas quant à la conduite pouvaient justifier le congédiement, même si cette conduite s'est limitée à ce que l'on a indiqué précédemment. Toutefois, la difficulté vient de ce que l'arbitre a appliqué les dispositions de la convention, en particulier les dispositions de l'article 8, et a conclu que les membres du comité de négociation avaient l'obligation ferme a) de se dissocier des remarques faites par d'autres membres pour inciter et appuyer le «*sick-in*», et b) d'essayer de mettre fin au «*sick-in*».

Nous sommes d'avis qu'on ne peut raisonnablement donner cette interprétation à la convention et en particulier à l'article mentionné.

La présente affaire soulève la question difficile et fondamentale de l'étendue du pouvoir judiciaire de réviser la décision d'un conseil d'arbitrage en matière de relations de travail. En vertu de *The Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, chap. 232 et modifications, un tel conseil n'est pas à l'abri du contrôle judiciaire par voie de *certiorari* ou autrement comme l'est la Commission des relations de travail de l'Ontario constituée en vertu de cette loi, parce que l'article en question, généralement qualifié de clause privative, s'applique seulement à la Commission des relations de travail de l'Ontario. Voir l'art. 97, *The Labour Relations Act*. Dans l'exercice du contrôle judiciaire, cette Cour étudie donc ici la sentence d'un tribunal établi en vertu d'une loi, ce qui, aux termes de *The Judicial Review Procedure Act*, 1971 (Ont.), chap. 48, art. 2, inclut tous les pouvoirs et l'autorité judiciaire autrefois exercés à l'occasion d'une demande de bref de *certiorari*, l'étendue de ce contrôle judiciaire n'étant limitée par aucune clause privative.

between private contracting parties is, in law, of no significance. The law of judicial review of inferior tribunals generally is applicable. The question is what limits to such judicial review are embodied by law.

The law in this field has developed over the centuries in a manner which reflects the growth of the forms of government and commerce. From our earliest judicial history, the courts of superior jurisdiction, such as the Divisional Court of Ontario, have exercised a supervisory power over inferior tribunals by means of the prerogative writs, including the writ of *certiorari* or the successor remedy established by the rules of the Supreme Court of Ontario. Such courts have for the past two centuries also exercised some supervisory control over non-statutory tribunals, sometimes referred to as consensual boards, by a motion to set aside the award of the board, originally made in the proceedings taken to enforce the award in a court, but in modern times, by an application to the court to set aside the award. *Kent v. Elstob*⁵; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Company, Limited v. Underground Electric Railways Company of London, Limited*⁶. The law relating to private arbitrations has greatly influenced the parallel development in the case of statutory tribunals whose awards were not protected by a privative clause especially in the area of labour relations arbitrations. In some provinces such tribunals are consensual, for example British Columbia (*vide Howe Sound Company v. International Union of Mine, Mill and Smelter Workers (Canada), Local 663*⁷) and in other provinces such as Ontario, such tribunals are statutory (*vide Port Arthur Shipbuilding Company v. Arthurs et al.*⁸). By 1857 it was well settled that a consensual board's decision could be set aside for fraud and by reason of an error of law appearing on the face of the record of the board. *Hodgkinson v. Fernie*

⁵ (1802), 3 East 18.

⁶ [1912] A.C. 673.

⁷ [1962] S.C.R. 318.

⁸ [1969] S.C.R. 85.

Du point de vue juridique, il importe peu que le tribunal en question soit un conseil d'arbitrage constitué en vertu d'une convention collective intervenue entre des parties privées. Les principes généraux du contrôle judiciaire des tribunaux d'instance inférieure sont applicables. La question consiste à déterminer les limites que la loi impose à ce contrôle judiciaire.

Dans ce domaine, le droit a évolué au cours des siècles d'une façon qui reflète la croissance des formes de gouvernement et de commerce. Dès le début de notre histoire judiciaire, les cours de juridiction supérieure, comme la Cour divisionnaire de l'Ontario, ont exercé un pouvoir de surveillance sur les tribunaux d'instance inférieure au moyen des brefs de prérogative, y compris le bref de *certiorari* ou la procédure qui l'a remplacé dans les règles de la Cour suprême de l'Ontario. Durant les deux derniers siècles, ces cours ont également exercé une certaine surveillance sur les tribunaux non établis en vertu de lois, parfois appelés conseils choisis par les parties, au moyen d'une requête qui visait à faire infirmer la sentence du conseil et qui était présentée à l'origine au cours des procédures d'exécution de la sentence. Plus récemment, cette surveillance a été exercée sur demande à la cour d'écarter la sentence. *Kent v. Elstob*⁵; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Company, Limited v. Underground Electric Railways Company of London, Limited*⁶. Le droit relatif à l'arbitrage privé a exercé une profonde influence sur l'évolution parallèle dans le cas des tribunaux constitués par des lois et dont les sentences n'étaient pas protégées par une clause privative, spécialement dans le domaine des arbitrages en matière de relations de travail. Dans certaines provinces, ces tribunaux sont choisis par les parties, par exemple la Colombie-Britannique (voir *Howe Sound Company c. International Union of Mine, Mill and Smelter Workers (Canada), Local 663*⁷), mais ils sont constitués par des lois dans d'autres provinces comme l'Ontario, (voir *Port Arthur Shipbuilding Company c. Arthurs et al.*⁸).

⁵ (1802), 3 East 18.

⁶ [1912] A.C. 673.

⁷ [1962] R.C.S. 318.

⁸ [1969] R.C.S. 85.

*and Another*⁹. It is also clear that in such a proceeding, a court would set aside an award where the arbitrator determined matters outside the area of his authority as described in the constituting contract. See Halsbury's *Laws of England*, 4th ed., Vol. 2, p. 330, para. 622. Finally, there evolved the sub-rule, or at least a clarification of the old rule, in the judgment of Channell J. in *In the Matter of an Arbitration Between King and Duveen and Others*¹⁰, at pp. 35-6:

It is no doubt a well-established principle of law that if a mistake of law appears on the face of the award of an arbitrator, that makes the award bad, and it can be set aside . . . but it is equally clear that if a specific question of law is submitted to an arbitrator for his decision, and he does decide it, the fact that the decision is erroneous does not make the award bad on its face so as to permit of its being set aside. Otherwise it would be futile ever to submit a question of law to an arbitrator.

In the case of *R. v. Barber et al., Ex parte Warehousemen and Miscellaneous Drivers' Union Local 419*¹¹, the Ontario Court of Appeal found that the rule applicable to the review of awards of consensual tribunals denying the courts authority to review the correctness in law of a decision on the very question of law specifically referred to the board, but at the same time permitting the court to review an error of law made by the consensual board with reference to material matters 'arising but not specifically referred,' does not apply to the review of a decision by a statutory board. This was so according to Jessup J. A. speaking on behalf of the court " . . . because in such cases the resort to arbitration is compulsory." (at p. 248).

Dès 1857, il était bien établi que la décision d'un conseil choisi par les parties peut être écartée pour fraude et en raison d'une erreur de droit apparente à la lecture du dossier. *Hodgkinson v. Fernie and Another*⁹. Dans ce genre de procédures, il est également clair qu'une cour écartera la sentence d'un arbitre qui tranche des questions qui ne relèvent pas des pouvoirs conférés par le contrat constitutif. Voir Halsbury's *Laws of England*, 4^e éd., vol. 2, p. 330, par. 622. Enfin, il y a la règle secondaire, ou au moins une clarification de l'ancienne règle, exposée dans les motifs du juge Channell dans *In the Matter of an Arbitration Between King and Duveen and Others*¹⁰, aux pp. 35 et 36:

[TRADUCTION] C'est sans aucun doute un principe de droit bien établi que si une erreur de droit apparaît à la lecture de la sentence arbitrale, cela rend la sentence irrégulière, et elle peut être écartée . . . mais il est également clair que si une question de droit précise est soumise à la décision d'un arbitre et qu'il rend effectivement une décision, le fait que la décision soit erronée ne rend pas la sentence irrégulière à sa lecture de sorte qu'il soit permis de la rejeter. Autrement, soumettre une question de droit à un arbitre serait toujours futile.

Dans *R. v. Barber et al., Ex parte Warehousemen and Miscellaneous Drivers' Union Local 419*¹¹, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'il ne faut pas appliquer aux décisions d'un conseil établi en vertu d'une loi, la règle applicable en matière de révision des sentences de tribunaux choisis par les parties suivant laquelle les cours n'ont pas le pouvoir de réviser le bien-fondé d'une décision sur le point de droit spécifiquement soumis au tribunal, mais suivant laquelle elles peuvent cependant réviser une erreur de droit commise par ce tribunal sur des points importants [TRADUCTION] «qui sont soulevés sans être spécifiquement soumis». Rendant le jugement au nom de la Cour d'appel, le juge Jessup a dit qu'il en va ainsi [TRADUCTION] « . . . parce que dans ces cas le recours à l'arbitrage est obligatoire.» (à la p. 248).

⁹ (1857), 3 C. B. (N.S.) 189.

¹⁰ [1913] 2 K.B. 32.

¹¹ [1968] 2 O.R. 245.

⁹ (1857), 3 C.B. (N.S.) 189.

¹⁰ [1913] 2 K.B. 32.

¹¹ [1968] 2 O.R. 245.

This Court in *Port Arthur* (*supra*) adopted the ratio of the Ontario Court of Appeal in *Re International Nickel Co. of Canada Ltd. and Rivando*¹², and held that an arbitration pursuant to *The Labour Relations Act* (Ontario) is a statutory arbitration. However, this Court has not explicitly stated that the rule limiting judicial review in the situation where a specific question of law has been submitted to an arbitrator does not apply in the case of a statutory arbitrator. Such a decision may be implicit from the absence in decisions of this Court involving statutory tribunals, of any discussion with respect to whether or not a specific question of law had been referred to the arbitrator.

I make these comments in an attempt to bring some clarity to a very confusing area of law. I adopt the reasoning of the Ontario Court of Appeal with respect to this issue in *Barber* (*supra*), and proceed to determine the scope for judicial review in the case before me unhindered by any issue as to whether or not a specific question of law was referred to the statutory arbitrator. Through *Rivando*, *supra*, and *Port Arthur* in this Court, *supra*, this statutory route leads back to review by *certiorari*, which in our judicial history was never extended to consensual arbitrators, and likewise has never been limited or circumscribed by the rule as enunciated in *Government of Kelantan v. Duff Development Company Limited*¹³, or as it may have been modified in its restatement in *F. R. Absalom, Limited v. Great Western (London) Garden Village Society, Limited*¹⁴.

The supervisory power of the court over proceedings in inferior statutory tribunals, in the words of Lord Sumner, "goes to two points: one is the area of inferior jurisdiction and the qualifications and conditions of its exercises; the other is the observance of the law in the course of its exercise." *R. v. Nat. Bell Liquors Ltd.*¹⁵ at p. 156. It must be noted as Lord Denning points out in *R.*

Dans l'arrêt *Port Arthur* (précité), cette Cour a adopté le raisonnement de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Re International Nickel Co. of Canada Ltd. and Rivando*¹², et a conclu qu'un arbitrage tenu en vertu de *The Labour Relations Act* (Ontario) constitue un arbitrage par un tribunal établi en vertu d'une loi. Cette Cour n'a cependant pas explicitement déclaré que la règle qui exclut le contrôle judiciaire au cas où une question de droit précise a été soumise à un arbitre ne s'applique pas à un arbitre nommé en vertu d'une loi. On pourrait tirer une conclusion en ce sens à partir du fait que, dans aucun arrêt portant sur des tribunaux établis en vertu de lois, cette Cour ne s'est demandé si on avait soumis une question de droit précise à l'arbitre.

Je fais ces commentaires afin d'essayer de clarifier quelque peu un aspect fort embrouillé du droit. J'adopte le raisonnement de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Barber* (précité) sur cette question, et j'entreprends maintenant de préciser la portée du contrôle judiciaire dans l'affaire dont je suis saisi, sans me demander si une question de droit précise a été soumise à l'arbitre nommé en vertu de la loi. Le cheminement législatif, jalonné par *Rivando*, précité, et l'arrêt *Port Arthur* de cette Cour, précité, remonte jusqu'à la révision par *certiorari* qui, dans notre histoire judiciaire, ne s'est jamais appliquée aux arbitres choisis par les parties et qui, de la même façon, n'a jamais été limitée ou circonscrite par la règle élaborée dans *Government of Kelantan v. Duff Development Company Limited*¹³, telle quelle ou avec les modifications qu'elle a pu subir lorsqu'elle a été reformulée dans *F. R. Absalom, Limited v. Great Western (London) Garden Village Society, Limited*¹⁴.

Selon l'expression de lord Sumner, le pouvoir de surveillance de la cour sur les procédures des tribunaux d'instance inférieure établis en vertu de lois [TRADUCTION] «porte sur deux points: d'une part l'étendue, la nature et les conditions d'exercice de la compétence du tribunal inférieur, d'autre part, le respect de la loi dans l'exercice de cette compétence.» *R. v. Nat. Bell Liquors Ltd.*¹⁵, à la p.

¹² [1956] O.R. 379.

¹³ [1923] A.C. 395.

¹⁴ [1933] A.C. 592.

¹⁵ [1922] 2 A.C. 128.

¹² [1956] O.R. 379.

¹³ [1923] A.C. 395.

¹⁴ [1933] A.C. 592.

¹⁵ [1922] 2 A.C. 128.

*v. Northumberland Compensation Tribunal*¹⁶, at p. 351 that *certiorari* is available only to quash an arbitration award for an error of law if that error appears on the face of the record. The use of *certiorari* to review decisions of statutory tribunals fell into disuse for about a century commencing in 1848 (presumably because of the advent of statutory rights of appeal from inferior tribunals and, in criminal law the incidence of *certiorari* fell off following the *Summary Jurisdiction Act 1857* which reduced the practical effectiveness by limiting the scope of the reviewable record. As Lord Sumner stated: "The fact of the record 'spoke' no longer: it was the inscrutable face of a sphinx." (*R. v. Nat. Bell Liquors Ltd.*, *supra*, at p. 159)), but with the birth and rapid growth of the administrative body in the post-World War II era in the United Kingdom, the review of the determinations of statutory tribunals by *certiorari* revived on a large scale. (See Wade *Administrative Law*, 4 éd., pp. 262 and 273, and S.A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, 3 éd., p. 354.)

For many years there was a thinly disguised sense of rivalry between the traditional courts and the statutory tribunals, now generally referred to as administrative boards. Lord Hewart, then Chief Justice of England, reflected the view initially prevalent in some parts of the legal world when he wrote:

Between the "rule of law" and what is called "administrative law" (happily there is no English name for it) there is the sharpest possible contrast. One is substantially the opposite of the other . . . It is a system which is fundamentally opposed to the English conception of the "rule of law" especially as regards exemption from the jurisdiction of the ordinary legal tribunals, in the case of public officials acting in performance or purported performance of their official duties.

(The New Despotism, p. 37)

¹⁶ [1952] 1 K.B. 338.

156. Il faut noter, comme l'a fait remarquer lord Denning dans *R. v. Northumberland Compensation Tribunal*¹⁶, à la p. 351, qu'on ne peut avoir recours au *certiorari* pour faire annuler une sentence arbitrale pour une erreur de droit que si cette erreur apparaît à la lecture du dossier. A partir de 1848, l'usage du *certiorari* aux fins de réviser des décisions de tribunaux établis en vertu de lois a été abandonné pendant environ un siècle (sans doute à cause de l'introduction par des lois du droit d'appel des décisions de tribunaux d'instance inférieure, et en droit criminel le *certiorari* est tombé en désuétude suite à l'adoption de la *Summary Jurisdiction Act 1857* qui en réduisait l'efficacité pratique en limitant le contenu du dossier susceptible d'examen. Comme l'a dit lord Sumner: [TRADUCTION] «le dossier était devenu «muet»: il était aussi insondable qu'un sphinx.» (*R. v. Nat. Bell Liquors Ltd.*, précité, à la p. 159)), cependant, parallèlement à l'avènement et à la croissance rapide du corps administratif au Royaume-Uni durant la période qui a suivi la Seconde Guerre mondiale, le *certiorari* fut de nouveau largement utilisé pour attaquer les décisions des tribunaux établis en vertu de lois. (Voir Wade *Administrative Law*, 4 éd., pp. 262 et 273, et S.A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, 3 éd., p. 354.)

Pendant de nombreuses années, il y a eu une rivalité à peine déguisée entre les cours traditionnelles et les tribunaux établis en vertu de lois qu'on appelle aujourd'hui généralement conseils administratifs. Lord Hewart, alors juge en chef de l'Angleterre, exprimait l'opinion partagée initialement par certains éléments du milieu juridique, lorsqu'il a écrit:

[TRADUCTION] Il y a la plus grande différence possible entre la «règle de droit» et ce qu'on appelle «le droit administratif» (il n'existe heureusement pas de nom anglais pour le désigner). Ils sont essentiellement à l'opposé l'un de l'autre . . . Il s'agit d'un système qui s'oppose fondamentalement à la conception anglaise de la «règle de droit», particulièrement en ce qui a trait aux fonctionnaires publics qui exercent ou prétendent exercer leurs fonctions officielles et qui ne sont pas soumis à la juridiction des tribunaux ordinaires.

(The New Despotism, p. 37)

¹⁶ [1952] 1 K.B. 338.

The first comprehensive examination of the relationship between court and board in labour law in our country was undertaken by Roach J.A. in *Re The Ontario Labour Relations Board, Bradley et al. and Canadian General Electric Co. Ltd.*¹⁷, where the court was concerned with the decision of a statutory tribunal, the Labour Relations Board established under a statute containing a privative clause. The court started with a recital of the basic authority of a court acting through *certiorari* to review and to quash the decision of such a board:

In absence of a privative clause, the Court in *certiorari* proceedings, has power to examine the record returned to it by the inferior tribunal and if that record discloses error on the part of that tribunal, to quash its decision as having been made in error. Also, if it appears to the Court that the inferior tribunal acted beyond its jurisdiction then the Court has the power in *certiorari* proceedings to quash the decision of that tribunal as having been made without jurisdiction. However, where there is a privative clause, the Court is restricted to determining whether or not the inferior Court acted within the limits of its jurisdiction:

(at p. 333)

The court then proceeded to determine whether a decision that certain employees were properly included by the board in the bargaining unit as certified, was a decision in a collateral manner only and thus reviewable, or was a decision on the merits of the application and thus not reviewable; the former going to jurisdiction of the board and the latter to its exercise of jurisdiction. His Lordship phrased the test:

Where the matter is not collateral but constitutes part or the whole of the main issue which the inferior tribunal had to decide, the Court is limited to examining the record to determine whether there was any evidence before the inferior tribunal. I hasten to add, however, that the Court can do that only in the absence of a privative clause. If there is a privative clause in the Act creating the tribunal, the Court cannot do that.

(p. 335)

¹⁷ [1957] O.R. 316.

C'est le juge Roach de la Cour d'appel qui, le premier, a étudié en détail la relation entre les cours et les conseils d'arbitrage en droit du travail dans notre pays, dans *Re The Ontario Labour Relations Board, Bradley et al. and Canadian General Electric Co. Ltd.*¹⁷, où la Cour était saisie d'une décision d'un tribunal, la Commission des relations de travail, créé en vertu d'une loi qui contient une clause privative. La Cour commence par un rappel des pouvoirs fondamentaux d'une cour qui agit par voie de *certiorari* pour réviser et annuler la décision d'un tribunal de ce genre:

[TRADUCTION] Dans les procédures de *certiorari*, la Cour, en l'absence de clause privative, a le pouvoir d'étudier le dossier qui lui est transmis par le tribunal d'instance inférieure et, si elle y décèle une erreur commise par ce tribunal, elle peut en annuler la décision pour cause d'erreur. En outre, s'il apparaît à la Cour que le tribunal d'instance inférieure a outrepassé sa compétence, elle a également le pouvoir d'annuler la décision de ce tribunal pour absence de compétence. Cependant, s'il existe une clause privative, le pouvoir de la Cour se limite à déterminer si le tribunal d'instance inférieure a excédé sa compétence.

(à la p. 333)

La Cour a ensuite entrepris de déterminer si une décision relative à l'inclusion de certains employés dans l'unité de négociation accréditée ne constituait qu'une décision accessoire, et donc susceptible de révision, ou constituait plutôt une décision sur le fond de la demande, auquel cas elle ne pouvait être révisée; la première question concernait la compétence de la Commission et la deuxième l'exercice de cette compétence. Le juge a formulé le critère suivant:

[TRADUCTION] Lorsque le point n'est pas accessoire mais forme plutôt une partie ou l'ensemble de la question principale dont a été saisi le tribunal d'instance inférieure, la Cour peut seulement étudier le dossier afin de déterminer si ce tribunal était saisi d'une preuve quelconque. Je m'empresse d'ajouter toutefois, que la Cour ne peut agir ainsi qu'en l'absence d'une clause privative. La Cour ne peut le faire si la loi qui crée le tribunal contient une clause privative.

(p. 335)

¹⁷ [1957] O.R. 316.

The same court later addressed the problem of judicial review of an arbitration board constituted as in these proceedings and likewise without the presence of a privative clause restricting the ambit of review. The principle guiding a court in such a circumstance was stated on behalf of the court by Aylesworth J.A.:

I content myself by stating at once that upon a perusal and consideration of the agreement I find it impossible to say that it may not upon its very terms reasonably receive the interpretation and application given to it by a majority of the Board of Arbitration. It is immaterial whether or not the Court from whom an order of *certiorari* is sought agrees with the interpretation given to the agreement by an arbitrator; it is sufficient to defeat the application if it can be said that the interpretation given to the agreement by the arbitrator is one which the language of the agreement reasonably will bear. The Court has no appellate function to discharge with respect to the interpretation of the agreement except to decide whether or not the interpretation applied by the arbitrator is one which, as I have said, the language of the agreement reasonably will bear.

Re Canadian Westinghouse Co. Ltd. and Local 164 Draftsmen's Association of Ontario [1962] O.R. 17 at pp. 19-20.

The development of the rules of review in the Ontario Court of Appeal was brought to its present state by its judgment in *R. v. Barber et al., Ex parte Warehousemen and Miscellaneous Drivers' Union Local 419, supra*, where the court was concerned with an application to quash an award of a labour arbitration board. Jessup J.A. stated the law as follows:

... where a matter of law referred to an arbitration board for determination is one of construction, error of law will not be found simply because the Court considers some other interpretation more apt if the interpretation of the language is one it will reasonably bear.

(p. 250)

Jessup J.A. concluded on the facts of the case that the errors of law led the board to act "without or in excess of jurisdiction by in effect amending the agreement." (p. 254).

Boards of the type here involved have been the subject of appeals to this Court in *Port Arthur Ship-*

La même cour a étudié par la suite le problème du contrôle judiciaire de la sentence d'un tribunal d'arbitrage constitué comme c'est le cas en l'espèce, lorsqu'aucune clause privative ne vient limiter les pouvoirs de révision. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Aylesworth a énoncé le principe directeur dans de telles circonstances:

[TRADUCTION] Je dois déclarer tout de suite qu'après avoir étudié la convention, il m'est impossible de dire qu'elle ne peut pas raisonnablement être interprétée comme l'a fait la majorité du conseil d'arbitrage. Il importe peu que la cour à laquelle on s'adresse pour obtenir un ordre de *certiorari* soit d'accord avec l'interprétation que l'arbitre a donnée à la convention; il suffit, pour rejeter la demande, que le sens donné par l'arbitre à la convention soit une interprétation raisonnable des termes de la convention. La cour ne siège pas en appel de l'interprétation de la convention sauf pour décider si, comme je l'ai dit, l'arbitre a donné une interprétation raisonnable des termes de la convention.

Re Canadian Westinghouse Co. Ltd. and Local 164 Draftsmen's Association of Ontario [1962] O.R. 17, aux pp. 19 et 20.

Les règles actuelles de révision de la Cour d'appel de l'Ontario résultent de l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire *R. v. Barber et al., Ex parte Warehousemen and Miscellaneous Drivers' Union Local 419*, précité, où on lui demandait d'annuler la sentence d'un conseil d'arbitrage en matière de travail. Le juge Jessup a énoncé le droit comme suit:

[TRADUCTION] ... lorsqu'une question de droit soumise à un conseil d'arbitrage en est une d'interprétation, la Cour ne conclura pas à une erreur de droit simplement parce qu'elle préfère une autre interprétation, si les dispositions de la convention ont été raisonnablement interprétées.

(p. 250)

Le juge Jessup a conclu sur les faits de l'espèce que les erreurs de droit avaient amené le conseil à agir [TRADUCTION] «sans compétence ou à outrepasser sa compétence en modifiant à toutes fins pratiques la convention.» (p. 254).

Cette Cour a entendu des pourvois concernant des conseils de ce genre dans *Port Arthur Ship-*

Shipbuilding Company v. Harry W. Arthurs et al., (*supra*); *Union Carbide Canada Limited v. Weiler et al.*¹⁸; *General Truck Drivers Union, Local 938, et al. v. Hoar Transport Company Limited*¹⁹; *Air-Care Ltd. v. United Steel Workers of America et al.*²⁰; *McLeod et al. v. Egan et al.*²¹; and *The Board of Industrial Relations of the Province of Alberta and Sheet Metal Auto Body, Motor Mechanics, and Allied Production Workers, Local 414, Edmonton, Alberta v. Stedelbauer Chevrolet Oldsmobile Ltd.*²² The basis for quashing an order of such a board has been variously stated as being a lack "of inherent power(s) to amend, modify or ignore the collective agreement" (*Port Arthur, supra*, at p. 96, *per* Judson J.; *Hoar Transport, supra*, at p. 637), a lack of jurisdiction or power to hear a grievance after an improper preliminary finding contrary to the terms of the collective agreement (*Union Carbide, supra*, at p. 970), and an excess of jurisdiction by doing that which is expressly forbidden in the agreement (*Air-Care Ltd., supra*, at p. 7).

The standard of review established in this Court in the case of the statutory board sitting in the absence of a privative clause in the constituting statute, is that expressed in *Stedelbauer, supra*, wherein Martland J. stated:

In my opinion, such a review can be made, not only on a question of jurisdiction, but in respect of an error of law on the face of the record. That *certiorari* would issue to quash the decision of a statutory administrative tribunal for an error of law on the face of the record, although the error did not go to jurisdiction, was clearly stated in *R. v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal, Ex p. Shaw*. That case was referred to by Kerwin J. (as he then was) in *Toronto Newspaper Guild v. Globe Printing Company*.

(p. 143)

In *McLeod v. Egan, supra*, the majority, speaking through Martland J., quashed an award made

¹⁸ [1968] S.C.R. 966.

¹⁹ [1969] S.C.R. 634.

²⁰ [1976] 1 S.C.R. 2.

²¹ [1975] 1 S.C.R. 517.

²² [1969] S.C.R. 137.

building Company c. Harry W. Arthurs et al. (précité); *Union Carbide Canada Limited c. Weiler et al.*¹⁸; *General Truck Drivers Union, Local 938, et al. c. Hoar Transport Company Limited*¹⁹; *Air-Care Ltd. c. United Steel Workers of America et al.*²⁰; *McLeod et al. c. Egan et al.*²¹; et *The Board of Industrial Relations of the Province of Alberta and Sheet Metal Auto Body, Motor Mechanics, and Allied Production Workers, Local 414, Edmonton, Alberta c. Stedelbauer Chevrolet Oldsmobile Ltd.*²² Les motifs d'annulation des décisions de ces conseils ont été tour à tour décrits comme l'absence [TRADUCTION] «de pouvoir inhérent d'amender, de modifier ou de méconnaître la convention collective» (*Port Arthur, précité*, à la p. 96, le juge Judson; *Hoar Transport, précité*, à la p. 637), l'absence de compétence ou de pouvoir d'entendre un grief, après une décision préliminaire contraire aux dispositions de la convention collective (*Union Carbide, précité*, à la p. 970), et un excès de compétence si le conseil fait ce que la convention interdit expressément (*Air-Care Ltd., précité*, à la p. 7).

Le critère de révision élaboré par cette Cour dans le cas d'un conseil dont la loi constitutive ne contient pas de clause privative, a été énoncé dans l'arrêt *Stedelbauer, précité*, où le juge Martland a dit:

[TRADUCTION] A mon avis, on peut exercer ce pouvoir de révision, non seulement sur une question de compétence, mais aussi à l'égard d'une erreur de droit qui apparaît à la lecture du dossier. L'arrêt *R. c. Northumberland Compensation Appeal Tribunal, Ex p. Shaw*, dit clairement qu'on peut annuler par *certiorari* la décision d'un tribunal administratif établi en vertu d'une loi dans le cas d'une erreur apparente à la lecture du dossier, même si cette erreur ne touche pas à sa compétence. Le juge Kerwin (plus tard juge en chef) a mentionné cet arrêt dans *Toronto Newspaper Guild c. Globe Printing Company*.

(p. 143)

Dans *McLeod c. Egan, précité*, le juge Martland, au nom de la majorité, a annulé une sentence

¹⁸ [1968] R.C.S. 966.

¹⁹ [1969] R.C.S. 634.

²⁰ [1976] 1 R.C.S. 2.

²¹ [1975] 1 R.C.S. 517.

²² [1969] R.C.S. 137.

in arbitration proceedings for "an error in law on the face of the award in respect of the legal requirements of s. 11(2) of the Employment Standards Act" (p. 524). The Court of Appeal had taken the view that in construing the collective agreement, the board had placed thereon an interpretation that the language "will reasonably bear." The Chief Justice of Canada in concurring in the result reached by the majority concluded that the Court below had applied the test of "reasonableness" to the arbitrator's interpretation of a statute and not to the interpretation of the collective agreement. In doing so, the error of construction with reference to a statute appears to have been treated as an error with reference to a collateral or jurisdictional matter, and hence reviewable but on a different branch of the Court's authority.

This Court had occasion to discuss and apply the principles of judicial review, including review by motion to set aside, applicable to the awards of consensual tribunals in *International Association of Machinists and Aerospace Workers, Flin Flon Lodge No. 1848 et al. v. Hudson Bay Mining and Smelting Co., Limited*²³; *Bell Canada v. Office and Professional Employees' International Union, Local 131*²⁴; *Metropolitan Toronto Police Association et al. v. Metropolitan Toronto Board of Commissioners of Police*²⁵; and *Zeller's (Western) Limited v. Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 955 et al.*²⁶ The rule or principle of review in consensual circumstances has been expressed in different ways in these judgments, as for example in *I.A.M.A.W., Flin Flon, supra*, where the arbitrator's decision was held to be beyond review because it did not amend the collective agreement and "whether right or wrong, . . . the board interpreted and did not amend the agreement. This being so, it did not exceed its jurisdiction and its award is valid." (*per* Martland J. at p. 118) In *Bell Canada, supra*, the majority of the Court, the Chief Justice dissenting, concluded that the award was subject to quashing because it was not a reference for determination of a

arbitrale qui révélait «une erreur de droit à sa lecture même relativement aux exigences légales du par. (2) de l'art. 11» de *The Employment Standards Act* (p. 524). La Cour d'appel avait décidé que l'arbitre avait donné aux dispositions de la convention collective une interprétation «qu'elle pouvait raisonnablement supporter». Souscrivant à la décision de la majorité, le Juge en chef du Canada a conclu que la Cour d'appel avait appliqué le critère du caractère raisonnable à l'interprétation donnée par l'arbitre à une loi, et non à la convention collective. L'erreur d'interprétation relativement à une loi paraît ainsi avoir été considérée comme une erreur sur une question accessoire ou juridictionnelle, donc susceptible de révision, mais en vertu d'un autre pouvoir de la Cour.

Cette Cour a eu l'occasion d'analyser et d'appliquer les principes de contrôle judiciaire, dont le contrôle par voie de requête en infirmation, applicables aux sentences de tribunaux choisis par les parties dans les arrêts *International Association of Machinists and Aerospace Workers, Flin Flon Lodge No. 1848 et al. c. Hudson Bay Mining and Smelting Co., Limited*²³; *Bell Canada c. Office and Professional Employees' International Union, Local 131*²⁴; *Metropolitan Toronto Police Association et al. c. Le Bureau des Commissaires de Police de la Région métropolitaine de Toronto*²⁵; et *Zeller's (Western) Limited c. Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 955 et al.*²⁶ La règle ou le principe applicable au contrôle judiciaire dans le cadre d'un arbitrage choisi par les parties a été exprimé de différentes façons dans ces arrêts; par exemple dans *I.A.M.A.W., Flin Flon, précité*, la Cour a conclu que la sentence n'était pas susceptible de révision parce que l'arbitre n'avait pas modifié la convention collective et, [TRADUCTION] «qu'il ait eu tort ou raison, . . . le conseil a interprété la convention mais ne l'a pas modifiée. Il n'a donc pas outrepassé sa compétence et sa sentence est valide.» (le juge Martland, à la p. 118) Dans l'arrêt *Bell Canada, précité*, la majorité

²³ [1968] S.C.R. 113.

²⁴ [1974] S.C.R. 335.

²⁵ [1975] 1 S.C.R. 630.

²⁶ [1975] 1 S.C.R. 376.

²³ [1968] R.C.S. 113.

²⁴ [1974] R.C.S. 335.

²⁵ [1975] 1 R.C.S. 630.

²⁶ [1975] 1 R.C.S. 376.

specific question of law, but rather was a reference to the board for the decision of a grievance arising under a collective agreement but which involved the determination by the arbitrator of a preliminary jurisdictional question and the arbitrator exceeded his jurisdiction by in effect amending the agreement (pp. 340-1). This Court, by a majority decision in the *Toronto Police Association* case, *supra*, determined at p. 656, *per* Martland J., that:

... there was no submission of a question of law to the arbitrator on the basis that his decision would be binding upon the parties and not subject to any review.

and later at pp. 657-8:

The question of law which arose in the arbitration came up in the course of the consideration of a grievance in the ordinary way under the provisions of the collective agreement ... The arbitrator, in making a decision on the grievance put before him, was obligated to make a decision consistent with the agreement. Whether or not such a decision was or was not inconsistent with the agreement is clearly a question which could not be determined by the arbitrator himself.

Consequently, in my opinion, the form of submission made to the arbitrator, considered in the light of the defined restrictions on the arbitrator's powers as contained in the agreement, cannot be considered as a reference of a specific question of law which the parties have agreed to accept as binding and which, in consequence, is not subject to review by reason of an error or law on the face of the award.

In the result, the award was quashed for an error in law on the face of the record. In a more recent contact with this issue, this Court in *Zeller's (Western) Limited, supra*, declined to quash the award of a consensual board stating through Dickson J.:

If the board, upon entering the inquiry, is free of jurisdictional error and, in the course of the inquiry, acts in reasonable consonance with the powers which it may properly exercise under the statute or agreement from which its powers flow, the Court will respect both the autonomy and the conclusions of the board: *International Association of Machinists and Aerospace Workers, Flin Flon Lodge No. 1848 et al. v. Hudson Bay Mining and Smelting Co. Ltd.*, [*supra*]

(at pp. 380-1)

de la Cour, le Juge en chef étant dissident, a conclu que la sentence pouvait être annulée parce qu'il ne s'agissait pas d'un compromis sur une question de droit précise, mais plutôt d'un renvoi au conseil pour qu'il décide d'un grief résultant d'une convention collective; l'arbitre devait cependant prendre une décision préliminaire quant à sa compétence, et il l'avait outrepassée en modifiant à toutes fins pratiques la convention (pp. 340 et 341). Dans l'arrêt *Toronto Police Association*, précité, cette Cour a décidé, le juge Martland parlant au nom de la majorité, à la p. 656:

... il n'y a pas eu de présentation d'une question de droit à l'arbitre à partir du principe que sa décision lierait les parties et ne serait pas susceptible de révision.

et plus loin aux pp. 657 et 658:

... La question de droit qui a été soulevée lors de l'arbitrage l'a été dans le cours ordinaire de l'audition d'un grief sous le régime des dispositions de la convention collective. ... L'arbitre, en rendant une décision sur le grief dont il était saisi, était obligé de rendre une décision compatible avec la convention. La question de savoir si cette décision est incompatible ou non avec la convention n'est certainement pas une question que l'arbitre lui-même peut trancher.

Par conséquent, à mon avis, la forme de compromis soumise à l'arbitre, considérée à la lumière des restrictions définies énoncées dans la convention quant aux pouvoirs de l'arbitre, ne peut être considérée comme un renvoi d'une question de droit précise que les parties ont convenu d'accepter comme liant les parties et qui, par conséquent, n'est pas sujet à révision pour erreur de droit à la lecture de la sentence.

La sentence fut donc annulée pour erreur de droit apparente à la lecture du dossier. Plus récemment, cette Cour a fait face à ce problème dans *Zeller's (Western) Limited*, précité, et a refusé d'annuler la sentence d'un conseil choisi par les parties; le juge Dickson a dit au nom de la Cour:

... Si, en procédant à l'enquête, le conseil n'est pas marqué d'une erreur d'ordre juridictionnel et si, au cours de l'enquête, il agit en conformité raisonnable avec les pouvoirs qu'il peut régulièrement exercer en vertu de la loi ou de la convention d'où il tire ses pouvoirs, la Cour respectera à la fois l'autonomie et les conclusions du conseil: *International Association of Machinists and Aerospace Workers, Flin Flon Lodge No. 1848 et al. v. Hudson Bay Mining and Smelting Co. Ltd.* [précité]

(aux pp. 380 et 381)

This terminology would indicate an inclination to move in the direction of the pronouncements in *Westinghouse, supra*, and the *Barber* case, *supra*.

The spectrum of judicial review is completed by a bare reference to the restricted supervisory role of a court when faced with a privative clause (see *Mrs. Barbara Jarvis v. Associated Medical Services, Incorporated*²⁷; *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*²⁸; and *Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*²⁹). The only test in this category of judicial review is one of jurisdiction of the administrative tribunal. The structural jurisdiction of a board may not be enhanced by an error of law in the interpretation of the parent statute. *Per* Cartwright J. in *Jarvis, supra*, p. 502. The functional jurisdiction of the board may be destroyed in the course of the proceeding by a failure to meet the standards of natural justice and fairness. (*Hoogendoorn v. Greening Metal Products and Screening Equipment Company and The United Steel Workers of America, Local 6266*³⁰). This is not the complete catalogue of the grounds for such review as we are not here concerned with this category of arbitration.

What then are the applicable standards of review by a court of an award by a statutory tribunal in the absence of a privative clause. Omnipresent is the duty of the court to enforce the law. The administrative tribunal must perform its mandate from the legislature, no more no less. Beyond that statement, the scope of review is more elusive of description; within that statement, all operations of the administrative tribunal are reviewable. I see no need nor indeed basis in the law for the importation into the legislated world of dispute settlement by compulsory arbitration of the ancient rules which grew up around the contractual dispute and its resolution by private arbitration. There is no real or fictional abandonment of the right of access to the courts by the parties to

Cette terminologie semble indiquer une tendance à se rapprocher des arrêts *Westinghouse* et *Barber*, précités.

Une simple mention du rôle limité de surveillance d'une cour en présence d'une clause privative complète le tableau du contrôle judiciaire (voir *Dame Barbara Jarvis c. Associated Medical Services, Incorporated*²⁷; *Union internationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*²⁸ et *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. La Société des alcools du Nouveau-Brunswick*²⁹). Le seul critère applicable à ce type de contrôle judiciaire est celui de la compétence du tribunal administratif. Une erreur de droit dans l'interprétation de la loi constitutive ne peut éteindre la compétence structurelle d'un conseil d'arbitrage (le juge Cartwright dans *Jarvis*, précité, p. 502). Le conseil peut aussi voir disparaître sa compétence fonctionnelle en cours de procédure s'il ne respecte pas les critères de justice naturelle et d'équité. (*Hoogendoorn c. Greening Metal Products and Screening Equipment Company and The United Steel Workers of America, Local 6266*³⁰). Cela ne constitue pas l'éventail complet des moyens donnant ouverture à ce genre de contrôle judiciaire, mais ce type d'arbitrage n'entre pas dans notre propos.

Quels sont donc les critères de révision qu'une cour peut appliquer aux sentences d'un tribunal dont la loi constitutive ne contient aucune clause privative? La cour a le devoir premier de faire respecter la loi. Le tribunal administratif doit s'acquiescer du mandat que lui a confié la législature, ni plus ni moins. Si l'on s'en tient à cet énoncé, tous les actes des tribunaux administratifs sont susceptibles de révision. Au delà de ce critère, il devient périlleux de chercher à délimiter la portée du pouvoir de révision. Je ne vois pas le besoin, ni même de fondement dans la loi, de transposer dans le régime législatif de règlement des conflits de travail par arbitrage obligatoire, les anciennes règles qui se sont élaborées dans le cadre des conflits contractuels et de leur règlement par arbi-

²⁷ [1964] S.C.R. 497.

²⁸ (1975) 1 S.C.R. 382.

²⁹ [1979] 2 S.C.R. 227.

³⁰ [1968] S.C.R. 30.

²⁷ [1964] R.C.S. 497.

²⁸ [1975] 1 R.C.S. 382.

²⁹ [1979] 2 R.C.S. 227.

³⁰ [1968] R.C.S. 30.

the labour dispute and so the law relating to statutory entities and the review of their decisions by *certiorari* applies. It has been the law for centuries that such supervision includes review of all inferior statutory tribunals for error of law on the face of the record. What constitutes an error of law is the core of the problem. Within its assigned field, the board must remain supreme. Its decisions on issues of fact are beyond the judicial reach. Questions of procedure and evidence are likewise the exclusive province of the board save only where the conduct of the tribunal in relation to these and many other matters becomes unfair to a party in the sense of the traditions of natural justice which form such a vital part of our law. All the categories of review by *certiorari* and motion to set aside mentioned above bear some jurisdictional hue. Even the assignment of unreasonable meaning, in the words of the Ontario Court of Appeal, reflects this hue because the giving of an unreasonable meaning to words in a collective agreement would be to thereby alter the charter under which the parties agreed to work. The charter expressly denies the right of an arbitrator to amend the agreement by his award and so it comes back again to a jurisdictional issue in the broadest sense of that term. It is undoubtedly the trend in the application of judicial review, be it *certiorari* or a procedural or statutory equivalent, to limit the scope of review to matters of jurisdiction in the narrow sense and to those errors of law which approximate jurisdictional issues in the broadest sense. Historically, it has been said by the courts on occasion that the parties to an arbitration, however it might have been constituted, would not have contemplated that the arbitrator would, in the making of his award, fail to uphold the applicable general law of the community. While this is so, it is equally, and here more vitally true that the law of review has evolved, even in the absence of a privative clause, to a point of recognition of the purpose of contractually-rooted statutory arbitration: namely, the speedy, inexpensive and certain settlement of differences without interruption of the work of the parties. The scope of review only mirrors this purpose if it concerns itself only with matters of law which assume jurisdictional proportions and this I conclude to be the present state of

trage privé. Les parties au conflit de travail n'ont pas abandonné leur droit de recours aux tribunaux de droit commun et elles ne sont d'ailleurs pas présumées l'avoir fait; par conséquent, il faut appliquer le droit relatif aux organismes établis en vertu de lois ainsi que la révision de leurs décisions par voie de *certiorari*. Il a été de droit constant pendant des siècles que cette surveillance comprend la révision des décisions de tous les tribunaux d'instance inférieure établis en vertu de lois quand une erreur de droit apparaît à la lecture du dossier. Le cœur du problème consiste à définir ce qu'est une erreur de droit. Le conseil doit conserver toute autorité sur le domaine qui lui est attribué. Ses décisions sur des questions de fait échappent au contrôle judiciaire. De même, les questions de preuve et de procédure sont du ressort exclusif du conseil, sauf si, à l'égard de ces questions et de beaucoup d'autres, le conseil agit de façon injuste envers une partie, compte tenu des traditions de justice naturelle qui constituent une partie si importante de notre droit. Une certaine coloration juridictionnelle touche tous les modes de révision par voie de *certiorari* et de requête en annulation mentionnés précédemment. Selon la Cour d'appel de l'Ontario, cela est vrai même dans les cas d'interprétation déraisonnable des dispositions d'une convention collective puisque cela équivaut à modifier le pacte que les parties se sont engagées à respecter. Ce pacte interdit expressément à l'arbitre de modifier la convention par sa sentence, et on en revient encore à un problème de compétence dans le sens le plus vaste de ce terme. Que ce soit par voie de *certiorari* ou de recours procédural ou légal du même genre, il existe en matière de contrôle judiciaire une nette tendance à limiter la portée du contrôle aux questions de compétence au sens restreint et aux erreurs de droit qui se rapprochent des questions de compétence au sens le plus large. Historiquement, les cours ont à l'occasion exprimé l'avis que les parties à un arbitrage, peu importe la façon dont celui-ci est prévu, n'ont pas envisagé que l'arbitre puisse, en rendant sa décision, transgresser le droit généralement applicable dans la collectivité. Bien que ce soit exact, il est tout aussi vrai que le droit relatif au contrôle judiciaire a évolué, même en l'absence de clause privative, au point où l'on reconnaît l'objectif de

the law of judicial review of such statutory tribunals.

The origin of the board here is consensual but, in its final form, statutory. It falls within the historic reach of *certiorari*. All boards, indeed all people and legal entities, are subject to the jurisdictional supervision of the Superior Court. A *certiorari* review of a statutory board free of a privative cloak, brings with it the added ground of review for error on the face of the record. Such error exceeds a difference of opinion by the reviewing tribunal on an interpretative issue and falls short of an error resulting in an excess of its jurisdiction on the part of the board. In the modern era of administrative law, such reviewable error as regards a contract must amount to an error relating to the construction of the constituting contract of such magnitude that the interpretation so adopted by the board may not be reasonably borne by the wording of the document in question, and hence such determination is beyond the contemplation of amount to an amendment of the constituting agreement. Such an error is beyond the authority given to the board in the charter or collective agreement. The arbitrator has indeed the right to be wrong, but not where the wrong amounts to an amendment of the charter itself. Hence the earlier observation that even in this element of error of law on the face of the record, the error must take on a jurisdictional aspect; thus something the parties did not bind themselves by contract not to challenge; something which expands or contracts the relationship between the parties beyond their reasonable contemplation.

Where the error in the award relates to the statute whose interpretation is required of the board in the course of determining the dispute, the test of reviewable error is of the same scope and

l'arbitrage prévu par la loi mais d'origine contractuelle, soit le règlement rapide, sûr et peu coûteux des différends sans interruption du travail des parties. L'étendue du pouvoir de révision ne fait que refléter cet objectif s'il ne s'intéresse qu'aux questions de droit à incidences juridictionnelles, et je conclus qu'il s'agit là de l'état actuel du droit en matière de contrôle judiciaire de ces tribunaux établis en vertu de lois.

Dans la présente affaire, le conseil a été à l'origine choisi par les parties; toutefois, dans sa forme finale, il tombe dans la catégorie des conseils établis en vertu d'une loi. Il entre donc dans le cadre historique du *certiorari*. Tous les conseils, et d'ailleurs toutes les personnes et entités juridiques, sont en matière de compétence, soumis à la surveillance d'une cour supérieure. Un recours en *certiorari* contre un conseil que ne protège aucune clause privative permet en outre d'utiliser comme motif de révision l'erreur apparente à la lecture du dossier. Pareille erreur va plus loin qu'une simple divergence d'opinion du tribunal supérieur quant à un problème d'interprétation, il ne s'agit pas d'une erreur qui amène le conseil à outrepasser sa compétence. En droit administratif moderne, une erreur susceptible de révision en matière de contrat doit être une erreur d'interprétation d'une gravité telle que le texte du document en question ne peut pas raisonnablement justifier l'interprétation adoptée par le conseil et que cette interprétation équivaut à une modification ou à une transgression de la convention. En faisant une erreur de cette nature, un conseil outrepassé les pouvoirs que lui confère le pacte ou la convention collective. L'arbitre a bien sûr le privilège de se tromper, mais pas au point de modifier le pacte lui-même. D'où la remarque précédente que, même dans les cas d'erreur de droit apparente à la lecture du dossier, l'erreur doit avoir une incidence juridictionnelle; il s'agit donc d'une erreur que les parties ne se sont pas engagées par contrat à ne pas contester; une erreur qui étend ou restreint la relation entre les parties plus que celles-ci ne l'ont voulu.

Lorsque l'erreur dans la sentence porte sur la loi que le conseil doit interpréter pour trancher le différend, le critère de révision est de même nature et de même portée, à une importante exception

type, with one important exception. The test is objective and an error in law in statutory interpretation is unsoftened by the qualification that the assigned interpretation must be one which the words will not reasonably bear. This is so because the parties are not in law deemed to have authorized the board to settle their differences contrary to the statutes of the community. A primary jurisdictional error arising on a misinterpretation of the parent or constituting statute is reviewable as a jurisdictional error as no error in the interpretation of such a statute may increase or diminish the jurisdiction of the board. On the other hand, questions of admission and interpretation of evidence and procedure are all matters assigned exclusively to the board as are all questions of fact. The parties are seeking and must be permitted to achieve a quick, effective and economical yet above all a fair method for the settlement of their grievances without interruption of work. Unfairness, the adoption of procedures contrary to natural justice, arbitrary conduct, refusal to discharge their function, fraud and bias in law, are all matters that transcend the classification of error in law on the face of the record. They are all jurisdictional in the fundamental sense of that term, and hence are reviewable through *certiorari* or its equivalent, with or without a privative clause. Such errors of law are not the same as but are equatable to the jurisdictional error which may arise from wrongful conclusions in statutory interpretation as in the *Jarvis* case, *supra*. Similarly, a decision without any evidence whatever in support is reviewable as being arbitrary; but on the other hand, insufficiency of evidence in the sense of appellate review is not jurisdictional, and while it may at one time have amounted to an error reviewable on the face of the record, in present day law and practice such error falls within the operational area of the statutory board, is included in the cryptic statement that the board has the right to be wrong within its jurisdiction, and hence is free from judicial review.

près. Il s'agit d'un critère objectif, et une erreur de droit sur l'interprétation d'un texte de loi n'est pas soumise à la réserve que le texte ne doit pas pouvoir raisonnablement justifier l'interprétation donnée. Il en est ainsi parce que les parties ne sont pas réputées en droit avoir autorisé le conseil à trancher leurs différends contrairement aux lois de la collectivité. Un excès de compétence fondamental résultant d'une mauvaise interprétation de la loi constitutive est susceptible de révision en tant qu'excès de compétence puisqu'on ne peut étendre ou restreindre la compétence du conseil par une erreur dans l'interprétation de cette loi. Par ailleurs, toutes les questions relatives à la réception et à l'interprétation de la preuve et à la procédure relèvent exclusivement du conseil puisque ce sont des questions de fait. Les parties recherchent avec raison un mécanisme rapide, efficace, économique et surtout équitable de règlement de leurs griefs sans interruption du travail. L'injustice, l'adoption de procédures contraires à la justice naturelle, une conduite arbitraire, le refus d'exercer ses fonctions, la fraude et la partialité constituent des motifs juridiques qui transcendent l'erreur de droit apparente à la lecture du dossier. Il s'agit là d'excès de compétence dans le sens fondamental du terme et ces erreurs sont susceptibles de révision par voie de *certiorari* ou de recours semblable, qu'il y ait ou non une clause privative. Ces erreurs de droit ne sont pas identiques aux excès de compétence qui découlent de l'interprétation erronée d'une loi, comme dans l'affaire *Jarvis*, précitée, mais on peut les y assimiler. De la même façon, une décision qui ne serait étayée par aucune preuve pourrait être révisée parce qu'elle est arbitraire; cependant, l'insuffisance de la preuve au sens donné à cette expression en matière d'appel ne comporte pas un excès de compétence et, bien qu'à une certaine époque elle ait pu équivaloir à une erreur de droit apparente à la lecture du dossier, le droit et la pratique actuels considèrent qu'une telle erreur fait partie du domaine opérationnel d'un conseil établi en vertu d'une loi, ce que traduit l'énoncé sibyllin suivant lequel le conseil a le privilège de se tromper dans les limites de sa compétence, et son erreur n'est donc pas soumise au contrôle judiciaire.

This discussion but points in outline the map of jurisdictional review, its scope and nature, but this is and must remain a remedy with adaptable flexibility. The administrative juridical mechanism itself is still growing and evolving. With it will grow and evolve the concomitant interrelationship between the administrative tribunal and the superior court, for whatever form the administrative board or agency takes on, the interest of the community will always require the supervision which will ensure to the community the first rule of an organized community, and that is that all inhabitants, legal and natural, must participate in the workings of the community within their assigned role or region. As Professor Wade has said in "*Administrative Law*", *supra*, at p. 255:

If administrative tribunals and authorities could trespass uncontrollably outside their proper fields, there would no longer be order in the legal system. Order can be preserved only if jurisdictional demarcation disputes can always be carried to the regular courts of law, and so brought within a unified hierarchy of authority.

For at least a half a century the courts on the one hand and administrative tribunals on the other have sought to produce an interface or interrelationship which will promote the foregoing object of judicial review and at the same time promote and facilitate the response through administrative law to the community need for just yet speedy disposition of the great volume of industrial and commercial disputes arising in the field of labour relations. Hence the search for terminology with a clear and constant meaning, for procedures which will promote the interests of both court and board and through them the community in this rather complex field of political, social and legal relations.

The Award Re the Respondent Wilson

What then is the result on the application of this law to these arbitrations? The four grievors must, in my view, be treated in two different groups, the first group consisting only of the grievor Wilson, and the second group of the other three. I turn first to the grievor-respondent Wilson. Wilson is

Ces commentaires ne donnent qu'une esquisse du pouvoir de révision pour défaut de compétence, de sa portée et de sa nature, mais il s'agit d'un recours souple, et qui doit le rester. Le système juridique administratif lui-même continue à croître et à évoluer. L'interrelation entre les tribunaux administratifs et les cours supérieures croîtra et évoluera parallèlement puisque, quelle que soit la forme des tribunaux ou organismes administratifs, l'intérêt de la collectivité exigera toujours une surveillance qui assure le respect de la règle première de toute collectivité organisée, soit que toutes les personnes qui la composent, morales et physiques, doivent participer aux activités de la collectivité dans les limites de leur rôle et de leur compétence. Comme le dit le professeur Wade dans "*Administrative Law*", précité, à la p. 255:

[TRADUCTION] Si les tribunaux et les organismes administratifs pouvaient déborder sans aucun contrôle du domaine qui leur est assigné, il n'y aurait plus aucun ordre dans le système juridique. On ne peut préserver cet ordre que si les différends sur la délimitation de la compétence peuvent être référés aux tribunaux de droit commun et soumis ainsi à une autorité hiérarchique unique.

Pendant au moins un demi-siècle, les cours d'une part et les tribunaux administratifs d'autre part ont tenté de créer un rapport ou une interrelation pour promouvoir les objectifs du contrôle judiciaire décrits précédemment, tout en apportant, grâce au droit administratif, une réponse aux aspirations de la collectivité vers un règlement rapide mais juste du nombre important de différends industriels et commerciaux dans le domaine des relations de travail. D'où la recherche d'une terminologie claire et uniforme, de procédures qui respectent les intérêts des cours et des tribunaux administratifs et, par leur intermédiaire, ceux de la collectivité dans ce domaine plutôt complexe de relations politiques, sociales et juridiques.

La sentence à l'égard de l'intimé Wilson

Quelle est alors la conséquence de ces principes de droit sur ces cas d'arbitrage? A mon avis, il faut séparer les quatre réclamants en deux groupes distincts, le premier qui ne comprend que Wilson, et le deuxième les trois autres. Je traiterai d'abord du réclamant intimé Wilson. Wilson est le

the "Plant Chairman" to use the words of Article 8, and as such he is the Chairman of the Union Bargaining Committee. By reason of Article 8 of the contract, the company is obligated to, and did in fact pay, Wilson according to the highest rate of pay in the bargaining unit calculated on the basis of a straight 40-hour work week. According to the agreement, when the Plant Chairman ceases to hold such office, he shall be reinstated consistent with his seniority to the classification in which he was employed when selected as Plant Chairman. By other terms of the collective agreement, the company is bound to provide the Plant Chairman with an office and certain specified office equipment, as well as information concerning "starts, lay-offs, discharges, releases, re-calls and changes in job classification", as well as providing "Company forms involving transfers of employees".

It is agreed that by reason of the terms of the collective agreement, Wilson, on being elected Chairman of the Union Bargaining Committee, was not required to perform any service to the Company in the plant or elsewhere. No doubt he had considerable duties and responsibilities to the union membership in the discharge of his duty as Plant Chairman, but neither Article 8, nor indeed any other part of the collective agreement, creates in Wilson any duty to perform any services for the Company. The agreement stipulates that the Plant Chairman shall receive "the rate of pay" specified in the agreement, and by implication obligates the Company to pay such moneys to Wilson. Neither by express term nor by any implication is this payment made by the Company to Wilson as Plant Chairman in compensation for any services rendered or to be rendered by Wilson to the Company as an employee; or indeed as Committee Chairman. If indeed such office involved a duty being owed by the Chairman to the Company, it would place the Chairman in a hopeless position of conflict, and even if such duties were hinted at in the agreement, a court would be loath to imply their presence. We are not troubled with any such consideration in this instance because the agreement clearly gives rise to no duty in Wilson to the Company to perform any services as an employee.

«président du comité d'entreprise», pour reprendre les termes de l'article 8, et à ce titre il est président du comité syndical de négociation. En vertu de l'article 8 de la convention, la compagnie doit payer Wilson, ce qu'elle a effectivement fait, au taux le plus élevé dans l'unité de négociation, sur une base hebdomadaire de 40 heures de travail au taux régulier. Selon la convention, lorsque le président du comité d'entreprise quitte son poste, il retourne, compte tenu de son ancienneté, au département où il était employé avec la classification qu'il avait avant d'être choisi président du comité d'entreprise. En vertu d'autres dispositions de la convention collective, la compagnie doit lui fournir un bureau et certains accessoires, des renseignements sur «l'embauche, les mises à pied, les congédiements, les renvois, les rappels au travail et les changements de classification d'emploi», ainsi que «les formulaires (de la compagnie) relatifs aux mutations d'emploi».

Il est admis qu'en vertu des dispositions de la convention collective, après son élection à titre de président du comité syndical de négociation, Wilson n'avait aucune tâche à accomplir pour la compagnie dans l'usine ou ailleurs. Ses fonctions de président du comité d'entreprise lui imposaient sans aucun doute d'importantes responsabilités envers les membres du syndicat, mais ni l'article 8 ni aucun autre article de la convention ne lui imposaient l'obligation d'accomplir quelque travail que ce soit pour la compagnie. La convention prévoit que le président du comité d'entreprise doit être payé au «taux» prévu par la convention, et oblige par conséquent la compagnie à payer cette somme à Wilson. Wilson ne reçoit pas cette rémunération à titre de président du comité d'entreprise, en considération de services rendus ou à rendre en tant qu'employé—ou encore en tant que président du comité de négociation—que ce soit expressément ou implicitement. Si ces fonctions obligeaient le président envers la compagnie, il serait placé dans une situation de conflit intenable, et même si la convention faisait allusion à ce genre d'obligations, une cour hésiterait à conclure à leur existence. Ce problème ne nous concerne pas ici puisque la convention n'impose à Wilson aucune obligation de travailler pour la compagnie à titre d'employé.

Arbitration cases in the field of labour relations in the Province of Ontario have in the past indeed found that "special duties" arise in an employee over and above his duties as an employee where that employee holds a responsible office in the trade union or in the trade union structure recognized in the collective agreement. More recently, the flow is in the other direction, that is to say, a recognition that no duty arises in an employee to the employer by reason of union office over and above his duty arising in law as an employee. A helpful discussion of these cases is found in *Canadian Labour Arbitration*, Brown and Beatty, 1977, p. 375, which states in part as follows:

An issue which has arisen with some frequency, particularly in the context of an unlawful strike, is whether the officers of a union owe a higher duty to their employer than other members of the workforce and, accordingly, whether they may be liable to more severe disciplinary sanctions for engaging in similar acts of misconduct. Until recently, the vast majority of arbitrators had expressed the view without reservation that an employer could properly consider the fact that an employee was an officer of the union, had assumed certain unique responsibilities as a result of his office, and could therefore invoke more severe disciplinary sanctions against such a person for his misbehaviour. A minority of arbitrators, however, has argued that, while such persons may, by virtue of their position in the union, expose the union to certain liabilities as a result of their behaviour, it should not follow that they owe any additional or special personal obligations to the company over and above their normal responsibilities as employees.

In reviewing the arbitration of the related grievances by Hill concerning these same events at the appellant plant, Weatherston J., sitting in Weekly Court, in discussing this same problem, stated:

Union office creates a higher degree of responsibility, but does not create a new duty to the employer.

Re Douglas Aircraft Co. of Canada Ltd. and International Union, United Automobile Aerospace and Agricultural Implement Workers of America (1974), 48 D.L.R. (3d) 481 at p. 487.

In the case of *Re Federation of Telephone Workers of British Columbia and British Columbia Tele-*

Les sentences arbitrales en matière de relations de travail en Ontario ont dans le passé conclu qu'un employé a des «obligations particulières» en plus de ses responsabilités d'employé lorsqu'il détient un poste dans le syndicat ou dans la structure syndicale reconnue dans la convention collective. La tendance récente est à l'inverse, c'est-à-dire qu'on admet qu'un employé n'a pas d'obligation envers l'employeur en raison de son poste syndical, en plus des obligations que la loi lui impose à titre d'employé. On trouve dans *Canadian Labour Arbitration*, Brown et Beatty, 1977, p. 375, une analyse intéressante de ces décisions qui se lit en partie comme suit:

[TRADUCTION] Une question qui s'est posée assez souvent, surtout dans le cadre d'une grève illégale, est de savoir si les responsables syndicaux ont de plus grandes obligations que les autres employés à l'égard de leur employeur et, donc, s'ils sont passibles de sanctions disciplinaires plus sévères pour des fautes semblables. Jusqu'à ces derniers temps, la plupart des arbitres avaient émis sans réserve l'opinion qu'un employeur était justifié de tenir compte du fait qu'un employé était un responsable syndical, ce qui imposait à ce dernier certaines obligations particulières, et qu'il pouvait ainsi lui imposer des sanctions disciplinaires plus sévères s'il commettait une faute. Toutefois, une minorité d'arbitres soutenait que, bien que ces personnes puissent faire encourir certaines responsabilités au syndicat en raison de leur poste et de leur conduite, on ne devrait pas en déduire qu'elles ont des obligations personnelles particulières envers la compagnie, en plus de leurs responsabilités normales d'employés.

Le juge Weatherston de la Cour des sessions hebdomadaires disait ce qui suit lors de la révision de l'arbitrage des griefs connexes présentés par Hill à l'égard des mêmes incidents survenus dans l'usine de l'appelante:

[TRADUCTION] Un poste syndical impose de plus grandes responsabilités, sans toutefois créer d'obligations nouvelles envers l'employeur.

Re Douglas Aircraft Co. of Canada Ltd. and International Union, United Automobile Aerospace and Agricultural Implement Workers of America (1974), 48 D.L.R. (3d) 481, à la p. 487.

Dans *Re Federation of Telephone Workers of British Columbia and British Columbia Tele-*

*Telephone Co.*³¹, Dohm J. in discussing a relationship or status similar to that of the respondent Wilson said:

It may be that this employee wronged his employer by not being loyal to his employer. It could also be said that he wronged his union by not advising the picketers that they were on an unlawful course which could have resulted in damages to the union. It may be that he did not act as a responsible trade union officer should act in the interests of his fellow workers. He could have been disciplined as an ordinary rank-and-file member and received a penalty commensurate with the degree of responsibility. These factors, however, are no basis for implying into the contract of service a special duty by reason of his being a union officer. In my view, there was no error in law on the face of the award and I accordingly dismiss the application. Although it was not urged before me, I would apply the same test above mentioned to the suggestion that this special duty could be implied by law into the collective agreement. I am of the opinion that union officers personally do not owe any special duty to the employer unless specific terms are arrived at in the collective agreement. Responsible union leadership, however, would seem to require, apart from any legal duty, that in the interests of the employer and the union, the leaders should see that the terms of the collective agreement are carried out and should give proper leadership to their fellow employees when the terms of the collective agreement are wrongly broken.

(pp. 20-1)

In my respectful view, the use of the words "duty" and "responsibility" tends to becloud the true relationship between the parties. The law has never recognized that a bargaining representative of a group of employees owed a duty in such a role to the employer. He may owe a duty to the community (but that we do not need to decide here), and he clearly owes a duty to his constituents, but the total fabric and structure of labour relations is predicated upon the integrity in law and in fact of the representatives of both sides to the bargaining process. That integrity is not promoted, and in fact would be defeated, if the law were to place in the representative of the employees a duty enforceable by the company, or indeed a duty, the failure to exercise which would expose the employee repre-

³¹ (1971), 23 D.L.R. (3d) 18.

*phone Co.*³¹, le juge Dohm faisait des commentaires sur un employé dont la situation était semblable à celle de l'intimé Wilson:

[TRADUCTION] Il est possible que cet employé ait causé un préjudice à son employeur par manque de loyauté. On pourrait également dire qu'il a causé un préjudice au syndicat en n'avertissant pas les piqueteurs qu'ils agissaient illégalement, ce qui aurait pu entraîner la responsabilité du syndicat. Il se peut qu'il n'ait pas agi comme un agent syndical responsable le devrait dans l'intérêt de ses collègues de travail. Il aurait pu être puni comme un employé ordinaire et recevoir une sanction proportionnelle à son degré de responsabilité. Cependant, ces facteurs ne permettent pas de conclure que le contrat de travail lui impose une obligation particulière en raison de son poste syndical. A mon avis, la sentence ne contenait pas d'erreur apparente à sa lecture, et je rejette donc la demande. Bien que cela n'ait pas été plaidé devant moi, j'appliquerais le même critère si l'on soutenait que ces obligations particulières sont réputées faire partie de la convention collective par l'effet de la loi. Je suis d'avis que les responsables syndicaux n'ont pas d'obligations personnelles particulières envers leur employeur, à moins de dispositions expresses à cet effet dans la convention collective. Mise à part toute obligation légale, il semblerait toutefois que des dirigeants syndicaux responsables devraient s'assurer, dans l'intérêt de l'employeur et du syndicat, que les dispositions de la convention collective sont respectées et devraient également assumer correctement leurs fonctions de direction à l'égard de leurs collègues employés, si la convention collective n'est pas respectée.

(pp. 20 et 21)

A mon humble avis, l'emploi des mots «obligation» et «responsabilité» tend à obscurcir la vraie nature des relations entre les parties. Le droit n'a jamais reconnu qu'un représentant qui négocie pour un groupe d'employés a en cette qualité des obligations envers l'employeur. Il peut avoir des obligations envers la collectivité (mais il n'est pas nécessaire d'en décider ici) et il a certainement des obligations envers ceux qu'il représente, mais la structure et la nature même des relations de travail reposent sur l'autonomie en droit et en fait des représentants des parties dans le processus de négociation. Cette autonomie ne serait pas favorisée, et serait en fait détruite, si la loi imposait aux représentants des employés une obligation que la compagnie pourrait faire exécuter, ou encore une

³¹ (1971), 23 D.L.R. (3d) 18.

sentative to punitive action of any kind by the company against the employee in his status as employee.

The obligation by the Company to provide a salary to the Plant Chairman under Article 8 is analogous to a fringe benefit to the members of the bargaining unit to be provided by the Company under the collective agreement. If the members of the bargaining unit wished to have a full-time spokesman or administrator acting in their interests in the administration of the agreement, such members would be obligated to provide the necessary income to enable their elected or selected representative to so serve them. Here the obligation to make such payment has been transferred by Article 8 from the union members to the Company, and hence the analogy to the payment by the Company of a fringe benefit to members of the bargaining unit. Gilbert E. Dwyer, in an article entitled 'Employer-Paid "Union Time" Under the Federal Labor Laws' (1961) 12 *Labor Law Journal* 236, at p. 242, stated as follows:

Is a union official or representative *who performs no work* for the employer an employee merely because he is carried on the payroll?

May employer payments to such an individual be reasonably regarded as compensation for service as an employee?

May employer payments to such an individual be reasonably regarded as made "by reason of" his service as an employee?

As to the latter two questions, it is difficult to conceive of adequate union representation being equated with service to the employer.

The matter, however, does not end there. Since Wilson is not an employee of the Company in that he is chosen by the Union and put in office by selection by Union members in the manner prescribed by Article 8, the Company cannot discharge him from that office. He holds no other office. He is not an employee except in the sense that he has a residual right upon ceasing to hold such office to be returned to the classification from whence he came. This right cannot be the subject of unilateral destruction by the Company by

obligation dont l'inexécution exposerait le représentant des employés à une quelconque mesure disciplinaire de la part de la compagnie, en sa qualité d'employé.

L'obligation qu'a la compagnie de payer un salaire au président du comité d'entreprise en vertu de l'article 8 est analogue aux avantages sociaux que la compagnie doit fournir aux membres de l'unité de négociation en vertu de la convention collective. Si les membres de l'unité de négociation voulaient qu'un porte-parole ou un administrateur veille à plein temps à leurs intérêts dans l'application de la convention collective, ils devraient verser une rémunération qui permette à ce représentant élu ou choisi de s'acquitter de ces fonctions. En vertu de l'article 8, l'obligation d'effectuer ce paiement a été transférée des membres du syndicat à la compagnie, d'où l'analogie avec les avantages sociaux payés par la compagnie aux membres de l'unité de négociation. Dans un article intitulé «Employer-Paid «Union Time» Under the Federal Labor Laws» (1961) 12 *Labor Law Journal* 236, Gilbert E. Dwyer écrit à la p. 242:

[TRADUCTION] Un agent ou représentant syndical *qui n'accomplit aucun travail* pour l'employeur est-il un employé, simplement parce qu'il figure sur la liste de paie?

Peut-on raisonnablement considérer que les paiements faits par un employeur à cette personne sont une compensation pour services rendus à titre d'employé?

Peut-on raisonnablement considérer que les paiements faits par l'employeur à cette personne le sont «en raison de» ses services à titre d'employé?

En ce qui concerne les deux dernières questions, on peut difficilement assimiler une représentation syndicale convenable à un service rendu à l'employeur.

Il y a plus toutefois. Étant donné que Wilson n'est pas un employé de la compagnie en ce qu'il est choisi par le syndicat et nommé à son poste par les membres du syndicat conformément à l'article 8, la compagnie ne peut le congédier de ce poste. Il ne détient pas d'autre poste. Il n'est pas un employé sauf dans le sens où il possède un droit résiduel de reprendre sa classification antérieure s'il cesse d'occuper ce poste. Ce droit ne peut être enlevé unilatéralement par la compagnie par suite d'une prétendue faute de la part du président du

reason of alleged misconduct by the Plant Chairman in the discharge of his office. In any case, it is abundantly clear that his status as an "employee" may not be the subject of disciplinary action by the Company, whatever other rights or consequences may flow from the alleged misconduct, and therefore the action taken by the Company on October 3rd, 1973 terminating his employment is a nullity. That notice stated in part:

Further to our telegram of Tuesday, October 2nd 1973 this will confirm that your employment has been terminated for the role you played in the work interruption of October 2nd, 1973.

Since this alleged termination is a nullity and thus has no effect on the status of Wilson under the collective agreement as Plant Chairman, and since he has no other status within reach of the Company's disciplinary action, there is nothing which may serve as the ultimate basis for an award in response to the grievance filed by Wilson, and consequently, the award of the arbitrator in this circumstance should have reflected this nullity.

I must, however, deal with one sentence found in Article 8 which states as follows: "He [the Plant Chairman] shall be responsible to the Manager, Labour Relations, or his nominee". It might be arguable that this sentence in isolation places some duty flowing from Wilson to the Manager, Labour Relations of the appellant-employee. As in the interpretation of contracts and statutes generally, however, sentences can rarely be construed in isolation, and almost always must be construed in the context and circumstances in which they are found in the entire document. If the Plant Chairman does indeed owe some duty to the employer for which he is accountable in law, he has, as I have already stated, a fundamental conflict of interest. In the field of labour relations, it is difficult to contemplate a situation where somehow, by implication, direct or indirect, an officer or representative of members of the bargaining unit may be rejected, discharged or interrupted in the course of performing his duties as a union representative within the four corners of the collective agreement. To construe the agreement otherwise would be to reduce the Bargaining Committee to a managerial

comité d'entreprise dans l'exécution de ses fonctions. Quoi qu'il en soit, il est évident que son statut d'«employé» ne peut faire l'objet de sanctions disciplinaires par la compagnie, quels que soient par ailleurs les autres droits ou effets qui peuvent résulter de la prétendue faute, et par conséquent la mesure prise par la compagnie le 3 octobre 1973 pour mettre fin à son emploi est nulle. Cet avis énonçait en partie ce qui suit:

[TRADUCTION] Suite à notre télégramme du mardi 2 octobre 1973, la présente confirme qu'il a été mis fin à votre emploi en raison de votre rôle dans l'arrêt de travail du 2 octobre 1973.

Puisque ce prétendu congédiement est nul et n'a ainsi aucun effet sur le statut de Wilson à titre de président du comité d'entreprise en vertu de la convention collective, et puisqu'il ne possède aucun autre statut qui le soumette au pouvoir disciplinaire de la compagnie, il n'existe aucun motif qui puisse justifier une sentence en réponse au grief présenté par Wilson, et la sentence de l'arbitre aurait donc dû en l'espèce tenir compte de cette nullité.

Il me faut cependant traiter de la phrase qu'on retrouve à l'article 8: «Il (le président du comité d'entreprise) relève du gérant des relations de travail ou de son représentant». On pourrait soutenir que cette phrase, prise hors contexte, impose à Wilson certaines responsabilités envers le gérant des relations de travail de l'employeur appelante. Tout comme en matière d'interprétation des contrats et des lois cependant, les phrases peuvent rarement être interprétées isolément et doivent presque toujours l'être par rapport au contexte et aux dispositions du document en son entier. Si le président du comité d'entreprise a effectivement certaines obligations légales envers l'employeur, il est alors fondamentalement placé—comme je l'ai déjà dit—dans une position de conflit d'intérêts. En matière de relations de travail, il est difficile d'imaginer une situation où, directement ou indirectement, un agent ou un représentant des membres de l'unité de négociation puisse être renvoyé, congédié ou suspendu alors qu'il s'acquitte de ses fonctions syndicales conformément à la convention collective. Interpréter différemment la convention équivaldrait à réduire les travaux du comité de

puppet show because, in the fullness of time, their individual economic well-being will come to depend upon the maintenance of some relationship with management. This is, of course, fundamentally hostile to the basic concept of the rights of labour and indeed of the rights of management in the long term. Therefore, I have no difficulty in interpreting the above-quoted sentence to refer to an attachment of the Plant Chairman to the office of the Manager, Labour Relations for such administrative details as picking up the monthly or weekly remuneration prescribed by the agreement as his entitlement, arranging his return to plant duty when that time comes, etc. and I read no other significance into the sentence.

The Divisional Court, for the reasons set out above in the excerpt from the reasons of Osler J., quashed the award by reason of the adoption by the arbitrator of a construction of s. 8 of the collective agreement which its words would not reasonably bear. The arbitrator in doing so found Wilson under a duty to the company with reference to the administration of the collective agreement. If I had not concluded, as already stated, that Wilson was not subject to discharge by the company either for wrongfully withholding his services, which he did not do, or by reason of a breach of duty owed by Wilson to the company under the collective agreement, I would reach the same substantive conclusion as the Divisional Court. I would do so because of the attribution of the learned arbitrator to the grievor Wilson of a duty to the company in his labour relations role under the collective agreement. Because the award uses the words "responsibility" and "culpability" interchangeably with reference to the grievor's liability or exposure to discharge as a penalty for breach of duty, it is not entirely clear as to what the "special relationship" between the company and Wilson is, nor the nature of the duty which thereby results. What is clear, however, is that the award includes the following statements with reference to the grievor Wilson:

His full time duties are directed to the administering of the collective agreement and in this he is responsible to

négociation à un spectacle de marionnettes manipulées par la direction puisque le bien-être économique individuel dépendrait, avec le temps, du maintien de certains rapports avec la direction. Il s'agit bien sûr d'une idée essentiellement opposée, à long terme, à la conception fondamentale des droits des travailleurs, ainsi qu'à ceux de la direction. Je n'éprouve donc aucune difficulté à interpréter la phrase citée précédemment de manière que le président du comité d'entreprise relève du bureau du gérant des relations de travail pour des détails administratifs comme recevoir la rémunération mensuelle ou hebdomadaire prévue par la convention collective, voir à son retour à l'usine le temps venu, etc., et je n'y trouve aucun autre sens.

Pour les raisons mentionnées dans l'extrait précité des motifs du juge Osler, la Cour divisionnaire a annulé la sentence parce que l'arbitre avait donné aux dispositions de l'article 8 de la convention collective une signification qu'elles ne peuvent raisonnablement avoir. Ce faisant, l'arbitre a considéré que Wilson avait des obligations envers la compagnie au sujet de l'application de la convention collective. Si je n'avais pas conclu, comme je l'ai déjà dit, que Wilson ne pouvait être congédié par la compagnie soit pour avoir illégalement cessé de travailler—ce qu'il n'a pas fait—soit pour inexécution d'une obligation qu'il aurait eue envers la compagnie en vertu de la convention collective, j'en viendrais sur le fond à la même conclusion que la Cour divisionnaire. Je le ferais parce que le savant arbitre a considéré qu'en vertu de la convention collective, le réclamant Wilson avait une obligation envers la compagnie vu le rôle que lui confie la convention collective dans les relations de travail. Étant donné qu'on utilise indistinctement les mots [TRADUCTION] «responsabilité» et [TRADUCTION] «culpabilité» dans la sentence pour exprimer que le réclamant risquait ou encourait un congédiement pour inexécution de ses obligations, les «rapports spéciaux» entre la compagnie et Wilson ne sont pas tout à fait clairs, pas plus que la nature des obligations qui en découlent. Ce qui est clair cependant, c'est qu'on trouve dans la sentence les remarques suivantes à l'égard du réclamant Wilson:

[TRADUCTION] Il doit s'occuper à plein temps de l'application de la convention collective et, à ce titre, il relève

the manager, labour relations, pursuant to the provisions of Article 8 of the collective agreement. Since he is paid by the company solely for administering the collective agreement as plant chairman, he must assume more responsibility for its proper and lawful administration than if he were not paid for this function.

and later in the award:

For this reason, if for no other, Mr. Wilson must bear the greatest responsibility for what occurred on October 2nd since he failed to demonstrate that he had actively attempted to enforce the provisions of the collective agreement at the direction of the manager of labour relations and to cause the members of the bargaining unit to do likewise.

The union President, Mr. Kirkby (who is not involved in these proceedings because he was not discharged by the company) was on leave of absence and was paid by the union and not by the company. The arbitrator, in pointing out the difference between Kirkby on the one hand and Wilson on the other in their relationship with the company, stated:

In this respect Mr. Kirkby was in a different position than Mr. Wilson. Mr. Kirkby was on a full time leave of absence from the bargaining unit for the duration of his term of office as president of the local union. He was not paid by the company. During his leave of absence he owed no duty to the company as an employee. His only duty was to the union.

After making the foregoing comments successively, though at different stages of the award, the disposition by the arbitrator concludes:

The grievor's leadership position within the bargaining unit made his unlawful actions more culpable than employees who hold lesser positions of leadership within the bargaining unit. It is not the position within the union per se which causes responsibility to the company to attach to the grievor. It was his position as a leader of the bargaining unit members, which was recognized by the parties in the manner described above in the collective agreement that created the greater responsibility for his active role. Indeed, since Article 8 requires the company to deal with the bargaining committee when matters arise under the collective agreement, the company is entitled to rely on the members of the bargaining committee to share the responsibility to inform the

du gérant des relations de travail, conformément à l'article 8 de la convention collective. Vu que la compagnie le paie seulement pour voir à l'application de la convention collective à titre de président du comité d'entreprise, il doit assumer pour sa bonne application suivant la loi une plus grande responsabilité que s'il n'était pas payé pour ces fonctions.

Et on lit plus loin dans la sentence:

[TRADUCTION] Pour cette raison, à tout le moins, M. Wilson doit porter la plus grande part de responsabilité des incidents du 2 octobre puisqu'il n'a pas démontré qu'il avait essayé concrètement de faire respecter les dispositions de la convention collective selon les directives du gérant des relations de travail, et d'inciter les membres de l'unité de négociation à en faire autant.

Le président du syndicat, M. Kirkby, (qui n'est pas partie à ces procédures puisqu'il n'a pas été congédié par la compagnie) était en congé autorisé, payé par le syndicat et non par la compagnie. En soulignant la différence entre Kirkby et Wilson dans leurs rapports avec la compagnie, l'arbitre a dit:

[TRADUCTION] M. Kirkby n'avait pas à cet égard le même statut que M. Wilson. M. Kirkby bénéficiait d'un congé autorisé de l'unité de négociation à plein temps pour la durée de son mandat de président du syndicat local. Il n'était pas payé par la compagnie. Il n'avait aucune obligation à l'égard de la compagnie durant son congé. Il n'avait d'obligations qu'envers le syndicat.

Après avoir successivement fait ces commentaires dans différents passages de sa sentence, l'arbitre a conclu:

[TRADUCTION] Le poste de direction qu'occupait le réclamant dans l'unité de négociation rend ses actions illégales plus graves que celles des employés qui détenaient des postes moins importants au sein de cette unité. Ce n'est pas la fonction syndicale en soi qui entraîne la responsabilité du réclamant envers la compagnie. C'est son poste de dirigeant des membres de l'unité de négociation, reconnu par les parties dans la convention collective de la façon ci-haut décrite, qui entraîne une plus grande responsabilité en raison de son rôle actif. D'ailleurs, puisque l'article 8 oblige la compagnie à traiter avec le comité de négociation lorsque surgissent des problèmes reliés à la convention collective, elle est justifiée de partager avec les membres du comité de

members of the bargaining unit of the company's position when such matters occur. This they failed to do.

Some of the above-quoted remarks by the arbitrator in fact indicate a possible basis for a grievance or an action at law against the union rather than grounds for a grievance discharge against Wilson personally. There also appears to be some confusion between a duty owed to the members of the bargaining unit by Wilson by reason of the chairmanship of the bargaining committee, with a possible duty to the company because of the terminology of s. 8. It is apparent in my view that in assessing the propriety of the company action and the penalty imposed by the company, the learned arbitrator has misinterpreted s. 8, and in so doing has assigned to the terms thereof a meaning which those words will not reasonably bear. Hence the award with respect to the grievor Wilson is subject to judicial review and should be quashed.

Second Group of Grievors

The grievances of the second group, namely the respondents Benjamin, McConnell and Hopkinson, were filed jointly with that of the respondent Wilson, and stated in part:

We protest the action of the Company for unjustly discharging us as members of Local 1967 U.A.W. Bargaining Committee and further protest the Company's action in unjustly discharging us as employees. We request immediate re-instatement and full redress for all losses.

It is necessary to determine the arbitrator's response to each of these three grievances in order to determine whether the awards, or any of them, are amenable to intervention on judicial review according to the principles discussed above. In all three awards the arbitrator found a withholding of services had occurred by personal participation in the sick-in. The issue before the arbitrator therefore reduced itself to a determination in each case whether, on the facts and circumstances, the penalty of discharge was appropriate in the sense of s. 19 of the collective agreement which provides in part:

The Arbitrator, however, in respect of a grievance involving a penalty, shall be entitled to modify such

négociation la responsabilité d'informer les membres de l'unité de négociation de sa position, lorsque les problèmes surviennent. Or, ils ne l'ont pas fait.

Certaines remarques de l'arbitre que je viens de mentionner pourraient peut-être fonder un grief ou une poursuite judiciaire contre le syndicat plutôt que le congédiement de Wilson. Il existe également une certaine confusion entre les obligations de Wilson envers les membres de l'unité de négociation, en sa qualité de président du comité de négociation, et les obligations possibles envers la compagnie, vu le texte de l'article 8. A mon avis, il est clair qu'en évaluant le bien-fondé de la mesure prise par la compagnie et de la sanction qu'elle a imposée, le savant arbitre a mal interprété l'article 8 et, ce faisant, a donné à ses dispositions un sens qu'elles ne peuvent raisonnablement avoir. La sentence à l'égard du réclamant Wilson est donc susceptible de révision et devrait être annulée.

Deuxième groupe de réclamants

Les griefs du second groupe, soit les intimés Benjamin, McConnell et Hopkinson, ont été présentés avec celui de l'intimé Wilson et se lisent en partie comme suit:

[TRADUCTION] Nous protestons contre les mesures prises par la compagnie qui nous a injustement congédiés à titre de membres du comité de négociation des T.U.A., Local 1967, et nous protestons en outre contre notre congédiement injuste à titre d'employés. Nous demandons une réintégration immédiate et le remboursement complet des pertes subies.

Il faut déterminer la réponse qu'a apportée l'arbitre à chacun de ces trois griefs afin de décider si les sentences, ou l'une d'entre elles, donnent ouverture au contrôle judiciaire conformément aux principes étudiés plus haut. Dans les trois sentences, l'arbitre a conclu que les réclamants n'avaient pas exécuté leur prestation de travail en participant personnellement au «*sick-in*». La question dont était saisi l'arbitre se résumait donc à déterminer dans chaque cas si, compte tenu des faits et des circonstances, le congédiement était une sanction appropriée au sens de l'article 19 de la convention collective qui stipule en partie:

[TRADUCTION] En ce qui concerne un grief relatif à une sanction, l'arbitre aura cependant le droit de modifier la

penalty as in the opinion of the Arbitrator is just and equitable.

It will be convenient to deal with each of these three awards separately for this purpose.

The Award Re the Respondent Benjamin

It should be noted that there is a limited cross-reference to the aforementioned Wilson award in these words:

In addition to the evidence concerning the general background of the dispute which is set out in the award in the Archie Wilson grievance . . .”

In discussing the position of the respondent Benjamin as a member of the Bargaining Committee, the arbitrator clearly had the terms of s. 8 of the collective agreement in mind although it is not the subject in this award of any specific reference. After finding that Benjamin had attempted during working hours to cause employees to violate the collective agreement, the award continued:

I do not intend to imply that Mr. Benjamin's duties as a member of the bargaining committee are to be exercised as if he were an arm of management. This is clearly not the purpose or function of a member of a union bargaining committee. However, since the company pays the members of the bargaining committee while performing bargaining committee functions during working hours, the company is entitled to expect that such members will not take advantage of their position of leadership under the collective agreement by deliberately trying to cause employees to violate the collective agreement as was done by Mr. Benjamin. His duties as a member of the union bargaining committee in administering the collective agreement are to enforce and uphold the provisions of the collective agreement rather than to violate these provisions.

This excerpt must be read in the light of the balance of the award where the grievor's "culpability" is compared to that of Wilson who held a "greater position of leadership under the collective agreement" and though "slightly less culpable than Wilson, the grievor must share a major portion of the responsibility for the work interruption . . ." The arbitrator concluded:

In my view his responsibility was such that his work record could not outweigh the seriousness of his offence, especially in light of the history of the relationship

sanction selon ce qu'il estime juste et équitable.

A ce propos, il convient d'examiner séparément les trois sentences:

La sentence à l'égard de l'intimé Benjamin

Il faut remarquer une brève référence à la sentence Wilson:

[TRADUCTION] En plus de la preuve relative au contexte général du différend, qui est décrite dans la sentence rendue sur le grief d'Archie Wilson . . .

En étudiant la situation de l'intimé Benjamin à titre de membre du comité de négociation, il est clair que l'arbitre avait à l'esprit les dispositions de l'article 8 bien qu'il n'en soit pas expressément fait mention dans la sentence. Après avoir conclu que Benjamin avait essayé durant les heures de travail d'inciter des employés à violer la convention collective, l'arbitre poursuit en ces termes:

[TRADUCTION] Je ne veux pas dire par là que M. Benjamin devait exercer ses fonctions de membre du comité de négociation comme s'il était un représentant de la direction. Ce n'est évidemment pas l'objectif ni la fonction d'un membre d'un comité syndical de négociation. Cependant, étant donné que la compagnie paie les membres du comité de négociation pendant qu'ils exécutent des fonctions de négociation durant les heures de travail, elle est en droit de s'attendre à ce que ces membres ne profitent pas de leur poste de direction en vertu de la convention collective pour essayer délibérément d'inciter les employés à violer la convention collective comme l'a fait M. Benjamin. À titre de membre du comité syndical de négociation, ses obligations dans l'application de la convention collective consistent à en faire respecter les dispositions et non à les transgresser.

Il faut lire ce passage dans le contexte du reste de la sentence où la «culpabilité» du réclamant est comparée à celle de Wilson qui détenait [TRADUCTION] «de plus grandes responsabilités de direction en vertu de la convention collective» et bien que «légèrement moins coupable que Wilson, le réclamant doit supporter une large part de responsabilité dans l'arrêt de travail . . .». L'arbitre a conclu:

[TRADUCTION] À mon avis, sa responsabilité était telle que son rendement au travail ne pouvait compenser la gravité de l'infraction, compte tenu surtout des relations

between the parties and the importance attached by the company to maintaining its production schedules.

I find no error in law in the construction of the applicable collective agreement provisions nor any other error in law, and certainly no attribution to the agreement which the words thereof would not reasonably bear. It might be that happier expressions could be employed to more sharply etch the distinction between "responsibility" for the grievor's action or his "culpability" therefor on the one hand, and his duty to the company as an employee on the other hand. Such a differentiation between the grievor's duty to the trade union as a member of the committee and his duty to the company as a production employee would have clarified the award but, in my view, this lack of clarity does not amount to a reviewable error of law. Neither is there any apparent reliance upon extraneous material which might involve a consideration of the fairness of the adjudication process as it applied to this grievance. In reviewing matters relevant to penalty, for example, the arbitrator observed:

... the company is entitled to search out the ringleaders and to impose reasonable discipline which is directed to avoiding future concerted activities of this kind.

Applying the rigours of the principles of judicial review to this award, I find no error in law which would support judicial intervention.

The Award Re the Respondent McConnell

Again there is but a limited cross-reference to the awards respecting the Wilson and Benjamin grievances relating to the terms of the agreement and the facts. This grievor was not the subject of any evidence of direct promotion of the 'sick-in' other than his own absence from work on the 2nd of October and his membership in the bargaining committee. The award reveals the arbitrator's reasoning with respect to this respondent:

Although there was no direct evidence of the activities of the grievor, he must accept responsibility for the results that flowed from the concerted efforts made by Mr. Wilson and Mr. Benjamin and is deemed, in the

passées entre les parties et de l'importance qu'attachait la compagnie au maintien de ses échéanciers de production.

Je ne vois aucune erreur de droit dans l'interprétation des dispositions pertinentes de la convention collective ni aucune autre erreur de droit, et certainement aucune interprétation qu'on ne pourrait raisonnablement donner aux termes de la convention. On aurait peut-être pu employer des expressions plus appropriées pour souligner plus nettement la distinction entre la «responsabilité» du réclamant pour ses actes ou sa «culpabilité» à cet égard d'une part, et ses obligations envers la compagnie à titre d'employé d'autre part. Cette distinction entre les obligations du réclamant envers le syndicat à titre de membre du comité et ses obligations envers la compagnie à titre d'employé aurait clarifié la sentence, mais ce manque de clarté n'équivaut pas à mon avis à une erreur de droit susceptible de révision. L'arbitre ne paraît pas non plus s'être fondé sur des preuves extrinsèques, ce qui pourrait remettre en question le caractère équitable du processus d'arbitrage suivi pour ce grief. En passant en revue les éléments pertinents à la sanction, l'arbitre a par exemple fait remarquer:

[TRADUCTION] ... la compagnie a le droit de chercher les agitateurs et d'imposer des mesures disciplinaires raisonnables en vue d'éviter à l'avenir des activités concertées de cette nature.

En appliquant les principes de contrôle judiciaire à cette sentence, je n'y trouve aucune erreur en droit qui puisse justifier une telle intervention.

La sentence à l'égard de l'intimé McConnell

On ne trouve ici encore qu'une brève référence aux sentences rendues sur les griefs Benjamin et Wilson en ce qui concerne les dispositions de la convention collective et les faits. Aucune preuve ne démontre que ce réclamant a directement encouragé le «sick-in», si ce n'est par sa propre absence le 2 octobre et sa qualité de membre du comité de négociation. On trouve dans la sentence le raisonnement suivant à l'égard de cet intimé:

[TRADUCTION] Bien que l'on n'ait présenté aucune preuve directe des activités du réclamant, il doit porter la responsabilité du résultat des efforts concertés de MM. Benjamin et Wilson et, en l'absence de preuve

absence of evidence to the contrary and in the circumstances of this case, to have acted in concert with the bargaining committee as a whole. Had the grievor disassociated himself from Mr. Wilson's comments and actions on September 28th and had evidence been adduced to indicate that he was merely a passive participant, I might have been prepared to infer that his role in the work interruption was substantially different than was proved against both Mr. Wilson and Mr. Benjamin. Where members of a union bargaining committee are proved to have the necessary knowledge and act in concert to achieve an unlawful result, it is not unreasonable to find that the culpability of individual members of the committee flows to all members of the committee. This is especially true where it is difficult, if not impossible, to obtain detailed evidence of the activities of each and every member of such a committee. If I were to apply the criminal onus of proof I would be compelled to find that there was insufficient evidence to support the discharge of the grievor. However, I must apply the civil onus in this case.

As in the case of the award with reference to the respondent Benjamin, the arbitrator speaks in terms of "responsibility" and "culpability" which are, of course, common expressions in the assessment of penalty, civil and criminal. The award concludes:

The evidence in this case was sufficiently strong to impose an onus of explanation on the grievor. In view of this failure to testify I am of the view that it is not unreasonable to infer that he acted in concert with other members of the union bargaining committee to precipitate the sick-in which took place on October 2nd.

The grievor's support of a work stoppage for this reason is one of the most serious offences that can be committed by an employee.

Apart from one paragraph in the McConnell award which is common to the Hopkinson award, no reviewable question of law arises in the award, and it is convenient to discuss that paragraph as it arises in the Hopkinson award.

The Award Re the Respondent Hopkinson

This award is likewise linked to that of the awards in respect of the respondents Wilson and Benjamin by a cross-reference regarding the "relevant provisions of the collective agreement and the facts of this case . . ." The arbitrator then estab-

contraire dans les circonstances, il est réputé avoir agi de concert avec l'ensemble du comité de négociation. Si le réclamant s'était dissocié des commentaires et des actes de M. Wilson le 28 septembre et si une preuve avait indiqué qu'il était simplement un participant passif, j'aurais pu en déduire que son rôle dans l'arrêt de travail était substantiellement différent de celui de MM. Wilson et Benjamin. Lorsqu'il est prouvé que les membres d'un comité syndical de négociation sont suffisamment informés et agissent ensemble dans un but illégal, il n'est pas déraisonnable de conclure que la culpabilité de membres du comité pris individuellement éclabousse tous les membres de ce comité. Ceci est d'autant plus vrai dans les cas où il est difficile, voire impossible, d'obtenir une preuve détaillée des activités de chaque membre d'un tel comité. Si je devais appliquer le critère du fardeau de la preuve en matière criminelle, je serais obligé de conclure que la preuve n'est pas suffisante pour justifier le congédiement du réclamant. Dans cette affaire, je dois cependant appliquer le fardeau de la preuve en matière civile.

Comme dans la sentence à l'égard de l'intimé Benjamin, l'arbitre emploie les expressions «responsabilité» et «culpabilité» qui sont courantes, bien sûr, dans l'évaluation des sanctions civiles et criminelles. La sentence conclut:

[TRADUCTION] Dans cette affaire, la preuve était suffisamment forte pour imposer au réclamant le fardeau de fournir certaines explications. Vu qu'il n'a pas témoigné, j'estime qu'il n'est pas déraisonnable d'en déduire qu'il a agi de concert avec les autres membres du comité de négociation afin de provoquer le «sick-in» du 2 octobre.

Pour cette raison, l'appui qu'a apporté le réclamant à l'arrêt de travail constitue l'une des plus graves infractions que puisse commettre un employé.

Mis à part un alinéa de la sentence McConnell qu'on retrouve dans la sentence Hopkinson, il n'y a ici aucune question de droit susceptible de révision, et il est plus commode d'analyser cet alinéa dans le cadre de la sentence Hopkinson.

La sentence à l'égard de l'intimé Hopkinson

On trouve également dans cette sentence une référence aux sentences relatives aux intimés Wilson et Benjamin, en ce qui concerne [TRADUCTION] «les dispositions pertinentes de la convention collective et les faits de cette affaire . . .» L'arbitre

lished a more specific linkage between these grievors:

The role played by the grievor assumed greater importance because of his membership in the union bargaining committee, for the reasons referred to in the Wilson and Benjamin awards.

In considering this award it is necessary to remember that the respondent-grievor was not a member of the Union Bargaining Committee on the 28th of September but only joined it thereafter in replacement of the suspended member Harbinson.

The arbitrator found in essence that the committee acted in concert to induce breaches of the master and servant relationship between the company and its employees in the bargaining unit as that relationship is established under the collective agreement. The penalties awarded by the company the arbitrator found matched the grounds for discharge. He considered but did not accept the submission that the individual employment records of these grievors should have dictated a different penalty. The only question to be asked on the judicial review of such an award is whether the arbitrator has, in reaching his conclusion, committed an error of law apparent on the face of the record. (We are here not concerned with an allegation of lack of statutory or contractual jurisdiction to enter into the arbitration proceedings or any technical breach of jurisdictional structures during the conduct of the arbitration.)

I return to the paragraph common to the McConnell and Hopkinson awards to determine whether its content amounts to a reviewable error. The paragraph reads as follows:

In view of his responsibilities to the company under the collective agreement and his failure to properly explain his absence or otherwise adduce evidence to qualify or explain the part he played in the work stoppage, I am prepared to infer from the evidence before me that his role in the work interruption on October 2nd, was not merely passive.

As can be seen from the excerpts from the other awards, the arbitrator in scaling the penalties to the wrong, that is the cause for each discharge, sought out each grievor's "responsibility" or "culpability" as a member of the bargaining committee. The arbitrator has not found cause for discharge

fait ensuite un lien plus direct entre ces réclamants:

[TRADUCTION] Le rôle joué par le réclamant était plus important à cause de sa qualité de membre du comité syndical de négociation, pour les motifs mentionnés dans les sentences Wilson et Benjamin.

Dans ce cas, il faut se souvenir que le réclamant intimé n'était pas membre du comité syndical de négociation le 28 septembre mais qu'il ne s'y est joint que plus tard, pour remplacer le membre suspendu, Harbinson.

L'arbitre a conclu en substance que les membres du comité avaient agi de concert pour inciter les employés à violer la relation employeur-employé qui unissait la compagnie et ses employés membres de l'unité de négociation selon les conditions prévues dans la convention collective. L'arbitre a décidé que les sanctions de congédiement imposées par la compagnie étaient appropriées. Il a examiné l'argument sans toutefois le retenir, que les dossiers individuels des employés auraient commandé une sanction différente. La seule question à se poser lors de la révision d'une telle sentence est de savoir si, en prenant sa décision, l'arbitre a commis une erreur de droit qui apparaît à la lecture du dossier. (En l'espèce, il n'y a aucune allégation d'absence de compétence de l'arbitre fondée sur une disposition de la convention ou d'une loi, ou de violation technique des structures juridictionnelles durant l'arbitrage.)

Je reviens maintenant à l'alinéa commun aux sentences McConnell et Hopkinson afin de déterminer s'il équivaut à une erreur susceptible de révision. Cet alinéa se lit ainsi:

[TRADUCTION] Étant donné ses responsabilités envers la compagnie en vertu de la convention collective, et l'omission d'expliquer son absence de façon satisfaisante ou de soumettre une preuve qui aurait nuancé ou expliqué le rôle qu'il a joué dans l'arrêt de travail, je déduis de la preuve que son rôle dans l'arrêt de travail du 2 octobre n'était pas purement passif.

Comme on l'a vu dans les extraits des autres sentences, en appréciant les sanctions en fonction de la gravité des fautes, c'est-à-dire le motif de chaque congédiement, l'arbitre a évalué la «responsabilité» ou la «culpabilité» de chaque réclamant en tant que membre du comité de négociation. L'arbi-

because the grievor did something in addition to the withholding of services on the 2nd of October. He has stated, however, that the scale of penalty for such a wrong is influenced by such considerations as the prominent position the grievor enjoyed amongst members of the bargaining unit as a member of the plant bargaining committee. In short, the arbitrator considered the impact on the rank and file of the concerted withholding of services by members of the bargaining unit in a position of leadership.

The arbitrator has, however, said at one point in each of the McConnell and Hopkinson awards in the excerpt quoted above that the grievors had "responsibilities to the company." This paragraph in these two awards is the only place where the preposition "to" has been associated with the "responsibilities" of the grievors; all other references refer to responsibilities "of" the grievors for their conduct, or culpability "for" individual actions. For example, the arbitrator concluded in the Hopkinson award:

I find on the evidence before me that the company had good reason to believe that the grievor acted in concert with the other members of the union bargaining committee and he must therefore accept his proper share of the responsibility for the work stoppage of October 2nd, 1973.

For the reasons stated with reference to the award in the respondent Wilson's grievance, a collective agreement does not ordinarily establish bargaining duties in union representatives which are owed to the company over and above duties owed by them in common with the other members of the bargaining unit and which are distinct from duties owed by such representatives to the union and its membership. Any award, be it a finding of proper grounds for discharge or an award of penalty based on the finding of such a super-added duty of an employee, would be founded on an error of law arising out of a wrongful interpretation of the collective agreement unless that contract clearly so provided. Here s. 8 of the agreement does not so provide, and any such interpretation would, in my view, be unreasonable and would be beyond any meaning which the wording of s. 8 could reason-

tre n'a pas décidé que le congédiement était justifié pour le motif que le réclamant ne s'était pas borné à ne pas prêter ses services le 2 octobre. Il a cependant dit que l'éventail des sanctions pour ce genre de faute peut varier en fonction de considérations comme le poste important du réclamant au sein de l'unité de négociation en sa qualité de membre du comité de négociation de l'entreprise. Bref, l'arbitre a tenu compte de l'effet sur les employés ordinaires du retrait concerté des prestations de services des membres dirigeants de l'unité de négociation.

L'arbitre a cependant dit dans l'extrait précité des sentences McConnell et Hopkinson que les réclamants avaient des «responsabilités envers la compagnie». Dans ces deux sentences, cet alinéa est le seul endroit où la préposition «envers» est accolée aux «responsabilités» des réclamants; toutes les autres mentions parlent des responsabilités «des» réclamants pour leur conduite, ou de culpabilité «pour» leurs gestes individuels. Par exemple, l'arbitre a conclu dans la sentence Hopkinson:

[TRADUCTION] La preuve produite me permet de conclure que la compagnie était justifiée de croire que le réclamant a agi de concert avec les autres membres du comité syndical de négociation et il doit donc porter sa juste part de responsabilité pour l'arrêt de travail du 2 octobre 1973.

Pour les motifs énoncés relativement à la sentence rendue dans le grief de l'intimé Wilson, en règle générale une convention collective n'impose pas aux représentants syndicaux plus d'obligations envers la compagnie qu'aux autres membres de l'unité de négociation et leurs obligations ne sont pas différentes de celles qu'ils ont envers le syndicat et ses membres. Toute sentence, qu'elle conclue à l'existence de motifs suffisants de congédiement ou qu'elle impose une sanction en se fondant sur une pareille obligation supplémentaire d'un employé, serait entachée d'une erreur de droit résultant d'une mauvaise interprétation de la convention collective, à moins que celle-ci ne le prévoie clairement. En l'espèce, l'article 8 de la convention ne le prévoit pas et, à mon avis, une interprétation en ce sens ne serait pas raisonnable et irait au-delà de toute interprétation raisonnable

ably bear. Such an interpretation would therefore be a reviewable error of law.

I do not find on considering the terminology employed by the arbitrator in the whole of each of these two awards that he has misinterpreted, and applied such a meaning to, s. 8 so as to thereby, in effect, apply a penalty appropriate to two wrongs instead of one, namely the wrongful withholding of services. Courts must, in examining awards of arbitrators, particularly in the field of labour relations, do so in the awareness of the role of the arbitrator. Usually he is a technician of considerable expertise in a highly specialized field. His terminology will not always or perhaps ever be that of the traditional courts, nor should it be. Precision of conclusion is of course required, and the relationship between the conclusion and the contractual or statutory provisions will be closely scrutinized by the courts. Expressional latitude must, however, be accorded the arbitrator as he applies the law of the contract or the statute to the facts as he finds them. The parties have selected him specifically for this task. The state speaking through the statute requires that his decision be final and binding. The whole atmosphere of the industrial-commercial arena requires that such differences be quickly and fairly settled by this summary procedure, designed as it is to be economical of time and expense. Here the arbitrator has, on the silence of the grievors who neither called nor gave evidence, drawn inferences of fact and concluded that more than a passive role was played by these two grievors. From a technical, legal viewpoint, the expression "responsibility to the company" is no doubt unfortunate, but when read in the context of the whole of the two awards and the history of the relationship between the parties as revealed in the whole of the collective agreement and in all the circumstances of these proceedings, I cannot conclude that the arbitrator has thereby revealed an erroneous construction of s. 8 or any other term of the collective agreement of the magnitude of a reviewable error of law. It therefore cannot be said that he exercised his discretion as to the penalty assigned to these two grievors on any wrong basis in law and thus there is no error of law on the record authorizing judicial review.

des termes de l'article 8. Pareille interprétation constituerait donc une erreur de droit susceptible de révision.

L'examen des termes employés par l'arbitre dans ces deux sentences ne me permet pas de conclure qu'il a mal interprété l'article 8 ou qu'il lui a donné un sens qui aurait pour effet d'imposer une sanction qui s'attaque à deux fautes au lieu d'une seule, savoir le retrait de la prestation de services. Dans la révision des sentences arbitrales, spécialement en matière de relations de travail, les cours doivent tenir compte du rôle de l'arbitre. Celui-ci est habituellement un expert qui possède de grandes connaissances dans un domaine très spécialisé. Les expressions qu'il emploie ne sont pas toujours et ne seront peut-être jamais celles des tribunaux traditionnels; il ne devrait d'ailleurs pas en être ainsi. Il faut bien sûr des conclusions précises et les cours étudieront attentivement la relation entre les conclusions et les dispositions contractuelles ou législatives. L'arbitre doit cependant jouir d'une certaine latitude dans l'application de la convention ou de la loi aux faits qui lui sont présentés. Les parties l'ont précisément choisi pour cela. Le législateur exige que sa décision soit finale et lie les parties. Le caractère même du milieu industriel et commercial requiert que ces différends soient réglés rapidement et équitablement au moyen d'une procédure sommaire, qui permette une économie de temps et d'argent. Dans la présente affaire, vu le silence des réclamants qui n'ont ni cité de témoins ni témoigné eux-mêmes, l'arbitre a déduit que ces deux réclamants ont joué plus qu'un rôle passif. D'un point de vue technique et juridique, l'expression «responsabilité envers la compagnie» est certainement malheureuse, mais lorsqu'on la replace dans le contexte de l'ensemble des deux sentences, de l'historique des relations des parties que révèlent la convention collective et toutes les circonstances de l'espèce, je ne peux pas conclure que l'arbitre a donné une mauvaise interprétation de l'article 8 ou d'aucune autre disposition de la convention collective qui équivaut à une erreur de droit susceptible de révision. On ne peut donc dire que l'exercice de son pouvoir discrétionnaire quant à la sanction imposée à ces deux réclamants soit mal fondée en droit, et il n'y a donc pas d'erreur de droit qui puisse donner lieu à contrôle judiciaire.

In the result therefore the award is quashed in respect of the principal union representative but the awards of the lesser members of the Committee are left intact. Let it therefore be said again for emphasis that the role of the court in judicial review is not that of a court sitting on an appeal. A court in the latter position might well respond differently to these awards. But the parties and the legislature selected the arbitrator and not the court to hear and dispose of these grievances, and the arbitrator must be left free to do so save only in those circumstances and according to the limiting rules of judicial review I have already discussed. I would therefore allow the appeal with respect to the respondent grievors Benjamin, McConnell and Hopkinson, and dismiss the appeal with respect to the respondent grievor Wilson, and accordingly the judgment of the courts below are set aside except with respect to the respondent Wilson and the award of the arbitrator restored in respect of all respondents other than the respondent Wilson.

By reason of the substantial success of the appellant, I would award to the appellant costs here and in the courts below against all respondents other than the respondents O'Shea and Wilson.

Appeal allowed as against all respondents, ESTEY J. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Solicitors for the respondents: Maclean & Chercover, Toronto.

En définitive, la sentence qui concerne le principal représentant syndical devrait être annulée, mais les sentences qui concernent les autres membres du comité devaient être maintenues. Signalons encore ici que le rôle d'une cour en matière de contrôle judiciaire n'est pas le même que celui d'une cour qui siège en appel. Cette dernière pourrait fort bien adopter une attitude différente à l'égard de ces sentences. Mais les parties et la législature ont choisi un arbitre, et non la cour, pour entendre et trancher ces griefs; il faut laisser l'arbitre libre de jouer son rôle, sauf dans les circonstances et le cadre limitatif des règles du contrôle judiciaire dont j'ai déjà parlé. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en ce qui concerne les réclamants intimés Benjamin, McConnell et Hopkinson et de le rejeter en ce qui concerne le réclamant intimé Wilson; les jugements des cours d'instance inférieure sont en conséquence infirmés sauf en ce qui concerne l'intimé Wilson, et la sentence de l'arbitre est rétablie à l'égard de tous les intimés sauf Wilson.

Vu que l'appelante a eu gain de cause sur la majorité des points, je suis d'avis de lui adjuger les dépens en cette Cour et dans toutes les cours d'instance inférieure contre tous les intimés, à l'exception des intimés O'Shea et Wilson.

Pourvoi accueilli, sentences de l'arbitre rétablis avec dépens, le juge ESTEY étant dissident en partie.

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

Procureurs des intimés: Maclean & Chercover, Toronto.

**Joseph Daniel Jack, Harold Lewis Joe,
Calvin Patrick Antoine, John Jimmy,
Bernard Joe, Gordon Leon Goldsmith,
Samuel Johnny Jimmy and Wilburt Joseph
Canute Appellants;**

and

Her Majesty The Queen Respondent.

1979: May 1; 1979: July 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Indians — Fishing for salmon during prohibited period — Food fishing — Claimed fishing rights not established — Fishing rights, even if established, would be subordinated to conservation of fisheries — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 19 — British North America Act, 1867, ss. 91(12), 146 — Terms of Union of British Columbia and Canada, 1871, art. 13 — Status of appellants to invoke art. 13.

The appellants are Indians within the coverage of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6. They were convicted of fishing for salmon in certain rivers during a prohibited period in violation of s. 19 of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, as amended. The prohibition was effected by an order under Reg. 4 of the federal British Columbia Fishing Regulations. The appellants were caught either fishing or in possession of fish which they had caught. It was admitted that they were fishing for food. They did not have a permit pursuant to s. 32(1) of the Fishing Regulations.

The defence to the charges was based solely on the alleged constitutional incapacity of the Parliament of Canada to embrace the appellants and others of their band in its fisheries legislation so as to deny them the right to continue to fish for food. It was contended that there had been a policy to that effect in British Columbia prior to its admission in 1871 as a Province of Canada and that art. 13 of the *Terms of Union* sanctified this policy so as to create a limitation on federal legislative power in relation to sea coast and inland fisheries under s. 91(12) of the *British North America Act*. The *Terms of Union* were approved by an Imperial

**Joseph Daniel Jack, Harold Lewis Joe,
Calvin Patrick Antoine, John Jimmy,
Bernard Joe, Gordon Leon Goldsmith,
Samuel Johnny Jimmy et Wilburt Joseph
Canute Appelants;**

et

Sa Majesté La Reine Intimée.

1979: 1^{er} mai; 1979: 18 juillet.

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

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

Indiens — Pêche au saumon pendant une période prohibée — Ils pêchaient pour se nourrir — Les droits de pêche revendiqués n'étaient pas reconnus — Même si les droits de pêche étaient reconnus ils auraient été assujettis à l'objectif de protection de la faune marine — Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, chap. F-14, art. 19 — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 91(12), 146 — Conditions de l'Union de la Colombie-Britannique et du Canada, 1871, art. 13 — Qualité des appelants pour invoquer l'art. 13.

Les appelants sont des Indiens auxquels s'applique la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6. Ils ont été déclarés coupables d'avoir pêché du saumon pendant une période et en un endroit prohibés, en contravention de l'art. 19 de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, chap. F-14 et modifications. L'interdiction est prévue dans une ordonnance édictée en vertu de l'art. 4 du Règlement fédéral sur la pêche en Colombie-Britannique. Certains appelants ont été trouvés en train de pêcher et d'autres en possession de poissons qu'ils avaient capturés. Il est admis qu'ils pêchaient pour se nourrir. Ils ne détenaient pas le permis exigé au par. 32(1) du Règlement de pêche.

Leur défense aux accusations est uniquement fondée sur la prétendue absence de compétence constitutionnelle du Parlement du Canada pour assujettir les appelants et les autres membres de leur bande à sa loi sur les pêcheries de façon à les priver du droit de pêcher pour se nourrir. Ils prétendent qu'il existait une ligne de conduite à cet effet dans la Colombie-Britannique avant son admission à titre de province du Canada en 1871 et que l'art. 13 des *Conditions de l'Union* a consacré cette ligne de conduite et a limité le pouvoir législatif fédéral sur les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur prévu au par. 91(12) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britanni-*

Order in Council in conformity with s. 146 of the *British North America Act* and, in accordance with that provision, it had effect as if enacted by the Imperial Parliament. In short, it had constitutional status.

The first paragraph of art. 13 imposed two obligations on the Dominion Government: (i) to assume the charge of the Indians and the trusteeship and management of the lands reserved for the use and benefit of the Indians, and, (ii) to continue, after the union, a policy as liberal as that pursued by the British Columbia Government prior to the Union. The second paragraph imposed an obligation upon the Local Government to convey to the Dominion Government, for the carrying out of the policy referred to in the first paragraph, tracts of land of such extent as had been the practice of the British Columbia Government to appropriate for the purpose prior to the Union.

An appeal by way of stated case from the convictions of the accused was dismissed by the Court of Appeal, whereupon the accused, with leave, appealed to this Court.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey, Pratte and McIntyre JJ.: The view of the Court of Appeal that the appellants did not have status to invoke the *Terms of Union* so as to claim exemption from federal fisheries legislation is not accepted. It is open to any litigant to defend a charge on the ground that it is based on incompetent or inapplicable legislation. There was an alleged constitutional basis for the defence in this case and the appellants were entitled to invoke it.

Nothing in art. 13 could possibly operate as an inhibition on federal legislative power in relation to fisheries. Whatever policy may have existed in pre-Confederation British Columbia of toleration of Indians fishing for food in rivers or other waters of Vancouver Island and of British Columbia before and after that Island became part of the colony, there does not appear to have been any basis in law to ordain the policy. Nor could any legal sanction for such Indian fishing rights be spelled out of art. 13. The claim of fishing rights made here could not be found either in the words "The charge of the Indians" under art. 13, nor in the following words of that article.

It was conceded that the prohibitory order, if made for conservation purposes, would govern any Indian fishing rights. On the facts, there was a conservation

que. Les *Conditions de l'Union* ont été approuvées par arrêté en conseil impérial conformément à l'art. 146 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et, en vertu de cette disposition, cet arrêté en conseil a le même effet que s'il avait été décrété par le Parlement impérial. En conséquence, il a valeur constitutionnelle.

Le premier alinéa de l'art. 13 impose deux obligations au gouvernement fédéral: (i) assumer le soin des Indiens et la garde et l'administration des terres réservées pour leur usage et bénéfice et (ii) continuer, après l'Union, à suivre une ligne de conduite aussi libérale que celle suivie par le gouvernement de la Colombie-Britannique avant l'Union. Le deuxième alinéa prévoit que, pour mettre ce projet à exécution, le gouvernement local cédera au gouvernement fédéral des étendues de terre ayant la superficie de celles que le gouvernement de la Colombie-Britannique avait, avant l'Union, affectées à cet objet.

Un appel, par voie d'exposé de cause, des déclarations de culpabilité a été rejeté par la Cour d'appel et les accusés ont, avec autorisation, interjeté pourvoi devant cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey, Pratte et McIntyre: L'opinion de la Cour d'appel que les appelants n'avaient pas qualité pour invoquer les *Conditions de l'Union* à l'appui de leur prétention qu'ils ne sont pas assujettis à la loi fédérale sur les pêcheries n'est pas acceptée. Toute partie peut répondre à une accusation en prétendant que celle-ci est fondée sur une loi contestable du point de vue juridictionnel ou inapplicable. En l'espèce, la défense est fondée sur un argument constitutionnel et les appelants avaient le droit de l'invoquer.

Rien dans l'art. 13 n'a l'effet de restreindre le pouvoir législatif fédéral en matière de pêcheries. Peu importe la ligne de conduite qui était suivie en Colombie-Britannique avant la Confédération et qui permettait aux Indiens de pêcher pour se nourrir dans les rivières ou dans d'autres eaux de l'île Vancouver comme de la Colombie-Britannique avant que l'île en fasse partie et par la suite, cette ligne de conduite ne semble assise sur aucun fondement juridique. En outre, l'art. 13 ne contient aucune reconnaissance juridique de droits de pêche des Indiens. La revendication de droits de pêche ne peut se fonder sur les mots «le soin des Sauvages» à l'art. 13 ni sur la suite de l'article.

Il a été reconnu que si l'interdiction de pêcher visait la protection des pêcheries, l'interdiction s'appliquerait au droit de pêche des Indiens. À la lumière des faits,

purpose to be served by the prohibitory order. Hence, even if the fishing rights claimed were established, they would have been properly subordinated to conservation of the fisheries in the particular rivers.

Per Dickson J.: Section 146 of the *British North America Act* clearly renders the *Terms of Union* something other than "an inter-governmental agreement" and the appellants are entitled to invoke art. 13 of those Terms as a defence to the charge. As a matter of statutory interpretation and historical evidence, the reference to "policy" in art. 13 extends beyond the narrower question of reserve lands dealt with in the second paragraph. Indian fishing fell within the pre-Confederation policy of British Columbia and was within the "policy" referred to in the first paragraph of art. 13. It was plain that Indian fishermen were encouraged to engage in their occupation and to do so both for food and barter purposes.

Article 13 called for distinct protection of the Indian fishery, in that pre-Confederation policy gave the Indians a priority in the fishery. That priority is at its strongest when one speaks of Indian fishing for food purposes, but somewhat weaker when one comes to local commercial purposes. If there are to be limitations upon the taking of salmon here, then those limitations must not bear more heavily upon the Indian fishery than the other forms of the fishery, *i.e.* commercial and sport fisheries. With respect to whatever salmon are to be caught, then priority ought to be given to the Indian fisherman, subject to the practical difficulties occasioned by international waters and the movement of the fish themselves. But any limitation upon Indian fishing that is established for a valid conservation purpose overrides the protection afforded the Indian fishery by art. 13, just as such conservation measures override other taking of fish.

A below average run of salmon and a record or near-record low precipitation led the Fisheries officials to issue an order closing a portion of Cowichan Bay to sports fishing and, subsequently, an order of closure of the Cowichan River to all fishing. In the circumstances, it was difficult to perceive how conservation could have been assured by any other method which could have given the necessary priority to the Indian river fishery.

By reason of the constitutional nature of art. 13, the contention that the steps taken by the Fisheries officials here were immune from review by the Courts was

l'interdiction a été imposée à des fins de protection. En conséquence, même si les droits de pêche revendiqués étaient reconnus, ils auraient été assujettis à l'objectif de protection de la faune marine dans les rivières en question.

Le juge Dickson: L'article 146 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* donne clairement aux *Conditions de l'Union* une plus grande valeur que celle d'une «entente intergouvernementale» et les appelants sont donc fondés à en invoquer l'art. 13 comme moyen de défense à l'accusation. En ce qui concerne l'interprétation de la loi et la preuve historique, l'expression «ligne de conduite» dans l'art. 13 va plus loin que la simple question des réserves dont traite le deuxième alinéa. Les activités de pêche des Indiens sont prévues par la ligne de conduite suivie par la Colombie-Britannique avant la Confédération et sont visées par la «ligne de conduite» mentionnée au premier alinéa de l'art. 13. Il est manifeste que les pêcheurs Indiens ont été encouragés à poursuivre leurs activités non seulement pour se nourrir mais aussi pour le troc.

L'article 13 exige qu'une protection distincte soit accordée à la pêche par les Indiens parce que la ligne de conduite suivie avant la Confédération accordait priorité aux Indiens en ce domaine. Cette priorité se comprend pleinement lorsque les Indiens pêchent pour se nourrir mais s'explique moins bien lorsqu'il s'agit de pêche à des fins de commerce local. Si la pêche au saumon doit être limitée, les restrictions imposées ne doivent pas être plus lourdes pour la pêche faite par les Indiens que pour les autres genres de pêche, *c.-à-d.* la pêche commerciale et la pêche sportive. En ce qui concerne la pêche du saumon, les pêcheurs indiens doivent avoir priorité, sous réserve des difficultés pratiques relatives aux eaux internationales et aux déplacements du poisson. Mais toute restriction à la pêche par les Indiens établie conformément à un objectif valide de protection des ressources l'emporte sur la protection de la pêche par les Indiens prévue à l'art. 13, au même titre que ces mesures de protection l'emportent sur les autres genres de pêche.

La remonte du saumon, bien inférieure à la moyenne, et un record ou quasi-record de sécheresse ont amené les fonctionnaires à interdire la pêche sportive dans une partie de la baie Cowichan et ensuite à interdire toute pêche dans la rivière. Dans les circonstances, il est difficile d'imaginer par quelle autre méthode la protection de la ressource aurait pu être assurée tout en accordant la priorité nécessaire à la pêche par les Indiens.

Vu le caractère constitutionnel de l'art. 13, on ne peut retenir la prétention que les mesures prises par les fonctionnaires des pêcheries sont à l'abri du contrôle

untenable. A mere order of closure by a Fisheries officer in British Columbia under s. 4 of the Regulations may be a clear indication of a conservation purpose, but it is not conclusive on the question of protection of Indian fishing. Considerable latitude should be given to the judgment of the Fisheries officials in deciding the questions of when closure is required for conservation purposes and how that closure is to be effected. That does not, however, completely shield those measures from judicial review for constitutional competence.

If there is a challenge, then the questions on review will be whether the steps taken by the Fisheries authorities were reasonable and necessary for the purposes of conservation, and whether efforts were made to assure priority to the Indian fishery, within the practical limits of modern fisheries management. In this case, the Fisheries officials had shown that the closure of the river fishery was reasonable and necessary for the purpose of conservation and did not offend against the priority assured to the Indian fishery by reason of art. 13 of the *Terms of Union*.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia dismissing an appeal by way of stated case from an order of Heard P.C.J. Appeal dismissed.

Douglas Sanders, for the appellants.

Ralph Hutchinson and *Paul Pearlman*, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey, Pratte and McIntyre JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The eight appellants are Indians within the coverage of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6. They were convicted of fishing for salmon in certain rivers during a prohibited period in violation of s. 19 of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, as amended. The prohibition was effected by an order under Regulation 4 of the federal British Columbia Fishing Regulations. The appellants were caught either fishing or in possession of fish which they had caught. It is admitted that they were fishing for food. They did not have

judiciaire. Une simple ordonnance de fermeture rendue par un fonctionnaire des pêcheries de la Colombie-Britannique en vertu de l'art. 4 du Règlement peut clairement indiquer qu'elle est faite à des fins de protection des ressources, mais elle n'est pas concluante sur la question de la protection de la pêche par les Indiens. Les fonctionnaires des pêcheries devraient bénéficier d'une grande liberté d'action pour décider quand ordonner une fermeture à des fins de protection et comment l'appliquer. Mais cela ne met pas pour autant ces mesures à l'abri d'un contrôle judiciaire fondé sur la compétence constitutionnelle.

En cas de contestation, il s'agira, en révision, de déterminer si les mesures de protection prise par les autorités responsables des pêcheries étaient raisonnables et nécessaires et si on a fait des efforts en vue d'accorder la priorité à la pêche par les Indiens, compte tenu des contingences pratiques de la gestion moderne des pêcheries. En l'espèce, les fonctionnaires des pêcheries ont établi que l'interdiction de pêcher dans la rivière était raisonnable et nécessaire à des fins de protection des ressources et ne va pas à l'encontre de la priorité accordée à la pêche par les Indiens par l'art. 13 des *Conditions de l'Union*.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui rejetait un appel par voie d'exposé de cause d'une ordonnance du juge Heard de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

Douglas Sanders, pour les appelants.

Ralph Hutchinson et *Paul Pearlman*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Laskin et des juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey, Pratte et McIntyre rendu par

LE JUGE EN CHEF—Les huit appelants sont des Indiens auxquels s'applique la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6. Ils ont été déclarés coupables d'avoir pêché du saumon pendant une période et en un endroit prohibés, en contravention de l'art. 19 de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, chap. F-14 et modifications. L'interdiction est prévue dans une ordonnance édictée en vertu de l'art. 4 du Règlement fédéral sur la pêche en Colombie-Britannique. Certains appelants ont été trouvés en train de pêcher et d'autres en possession

a licence pursuant to s. 32(1) of the Fishing Regulations.

The appellants do not rely on any aboriginal title or on any aboriginal rights nor on any treaty rights, there being no applicable treaties. The defence to the charges was based solely on the alleged constitutional incapacity of the Parliament of Canada to embrace the appellants and others of their band in its fisheries legislation so as to deny them the right to continue to fish for food. It was contended that there had been a policy to that effect in British Columbia prior to its admission in 1871 as a Province of Canada and that art. 13 of the *Terms of Union* sanctified this policy so as to create a limitation on federal legislative power in relation to sea coast and inland fisheries under s. 91(12) of the *British North America Act*. The *Terms of Union* were approved by an Imperial Order in Council in conformity with s. 146 of the *British North America Act* and, in accordance with that provision, it had effect as if enacted by the Imperial Parliament. In short, it had constitutional status.

Article 13 reads as follows:

13. The charge of the Indians, and the trusteeship and management of the lands reserved for their use and benefit, shall be assumed by the Dominion Government, and a policy as liberal as that hitherto pursued by the British Columbia Government shall be continued by the Dominion Government after the Union.

To carry out such policy, tracts of land of such extent as it has hitherto been the practice of the British Columbia Government to appropriate for that purpose, shall from time to time be conveyed by the Local Government to the Dominion Government in trust for the use and benefit of the Indians on application of the Dominion Government; and in case of disagreement between the two Governments respecting the quantity of such tracts of land to be so granted, the matter shall be referred for the decision of the Secretary of State for the Colonies.

It was contended by the appellants that this article is concerned with transferring legislative jurisdic-

de poissons qu'ils avaient capturés. Il est admis qu'ils pêchaient pour se nourrir. Ils ne détenaient pas le permis exigé au par. 32(1) du Règlement de pêche.

Les appelants ne se fondent sur aucun titre ou droit aborigène ni sur aucun droit conféré par un traité; aucun traité n'est d'ailleurs applicable en l'espèce. Leur défense aux accusations est uniquement fondée sur la prétendue absence de compétence constitutionnelle du Parlement du Canada pour assujettir les appelants et les autres membres de leur bande à sa loi sur les pêcheries de façon à les priver du droit de pêcher pour se nourrir. Ils prétendent qu'il existait une ligne de conduite à cet effet dans la Colombie-Britannique avant son admission à titre de province du Canada en 1871 et que l'art. 13 des *Conditions de l'Union* a consacré cette ligne de conduite et a limité le pouvoir législatif fédéral sur les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur prévu au par. 91(12) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Les *Conditions de l'Union* ont été approuvées par arrêté en conseil impérial conformément à l'art. 146 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et, en vertu de cette disposition, cet arrêté en conseil a le même effet que s'il avait été décrété par le Parlement impérial. En conséquence, il a valeur constitutionnelle.

Voici le texte de l'art. 13:

13. Le soin des Sauvages et la garde et l'administration des terres réservées pour leur usage et bénéfice, incomberont au Gouvernement Fédéral, et une ligne de conduite aussi libérale que celle suivie jusqu'ici par le gouvernement de la Colombie-Britannique sera constituée par le Gouvernement Fédéral après l'Union.

Pour mettre ce projet à exécution, des étendues de terres ayant la superficie de celles que le gouvernement de la Colombie-Britannique a, jusqu'à présent, affectées à cet objet, seront de temps à autre transférée par le Gouvernement Local au Gouvernement Fédéral au nom et pour le bénéfice des Sauvages, sur demande du Gouvernement Fédéral; et dans le cas où il y aurait désaccord entre les deux gouvernements au sujet de la quantité des étendues de terre qui devront être ainsi concédées, on devra en référer à la décision du Secrétaire d'État pour les Colonies.

Les appelants prétendent que cet article a l'effet de conférer au Parlement le pouvoir de légiférer à

tion to Parliament in relation to Indians and lands to be reserved for Indians, a parallel provision to s. 91(24) of the *British North America Act*. Even if this be so—and it is not an issue that arises here—I see nothing in art. 13 that could possibly operate as an inhibition on federal legislative power in relation to fisheries. Whatever policy may have existed in pre-Confederation British Columbia of toleration of Indians fishing for food in rivers or other waters of Vancouver Island and British Columbia before and after that Island became part of the colony, there does not appear to have been any basis in law to ordain the policy. Nor can any legal sanction for such Indian fishing rights be spelled out of art. 13.

Counsel for the appellants insisted on treating the two paragraphs of art. 13 as separate and contended that the “policy” on which he relied, relating particularly to the words “The charge of Indians” was dissociated from the following paragraph referring to “such policy”. I know of no principle of construction to support this view of what to me is a connected article. In my opinion, therefore, the claim of fishing rights made here cannot be found either in the words “The charge of Indians” under art. 13, nor in the following words of that article. The evidence presented to support the alleged rights rises no higher than expediency to leave the Indians to unregulated fishing in the particular rivers or elsewhere. Indeed, the argument must go to the extent of finding in the words of art. 13 various aspects of Indian policy and, it is conceded that there is no evidence that the policy later followed was not a balanced one.

I wish to refer to one other point. The British Columbia Court of Appeal, in dismissing the appeals from conviction, did so on the narrow ground that the appellants had no status to invoke the *Terms of Union* so as to claim exemption from federal fisheries legislation. I do not agree with this view. It is open to any litigant to defend a charge on the ground that it is based on incompetent or inapplicable legislation. There is an alleged constitutional basis for the defence in this case, as previously noted, and the appellants were entitled

l'égard des Indiens et des terres réservées aux Indiens; il s'agirait d'une disposition parallèle au par. 91(24) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Même si cette prétention était juste—et ce n'est pas en litige ici—rien dans l'art. 13 n'a l'effet de restreindre le pouvoir législatif fédéral en matière de pêcheries. Peu importante la ligne de conduite qui était suivie en Colombie-Britannique avant la Confédération et qui permettait aux Indiens de pêcher pour se nourrir dans les rivières ou dans d'autres eaux de l'île Vancouver comme de la Colombie-Britannique avant que l'île en fasse partie et par la suite, cette ligne de conduite ne semble assise sur aucun fondement juridique. En outre, l'art. 13 ne contient aucune reconnaissance juridique de droits de pêche des Indiens.

L'avocat des appelants soutient que les deux alinéas de l'art. 13 doivent être interprétés séparément et que la «ligne de conduite» sur laquelle il se fonde, soit en particulier «le soin des Sauvages», n'a aucun lien avec l'expression «ce projet» à l'alinéa suivant. Je ne connais aucun principe qui étaye une telle interprétation de ce qui est un seul article selon moi. En conséquence, j'estime que la revendication de droits de pêche ne peut se fonder sur les mots «le soin des Sauvages» à l'art. 13 ni sur la suite de l'article. La preuve présentée à l'appui des droits revendiqués n'a porté que sur l'opportunité de ne pas assujettir les Indiens à la réglementation relative à la pêche dans les rivières en question et les autres eaux. En fait, pour justifier les droits revendiqués il faudrait trouver à l'art. 13 divers aspects de la ligne de conduite envers les Indiens, mais on a admis que rien ne prouvait que la ligne de conduite suivie ultérieurement n'était pas équilibrée.

Je mentionnerai un autre point important. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté les appels des condamnations au motif restreint que les appelants n'avaient pas qualité pour invoquer les *Conditions de l'Union* à l'appui de leur prétention qu'ils ne sont pas assujettis à la loi fédérale sur les pêcheries. Je ne suis pas d'accord avec ces vues. Toute partie peut répondre à une accusation en prétendant que celle-ci est fondée sur une loi contestable du point de vue juridictionnel ou inapplicable. En l'espèce, la défense est

to invoke it. I do not think that this is a case, as was urged by counsel for the intervenant Attorney-General of British Columbia, where the appellants are seeking to assert rights under an inter-governmental agreement to which they were not parties.

I should add that in view of my conclusion on art. 13, it is unnecessary to say anything about the conversation point raised by the respondent. However, counsel for the appellant conceded that the prohibitory order, if made for conservation purposes, would govern any Indian fishing rights. I am inclined to the view that, on the facts, there was a conservation purpose to be served by the prohibitory order. Hence, even if the fishing rights claimed were established, they would have been properly subordinated to conservation of the fisheries in the particular rivers.

On the merits, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

DICKSON J.—The broad question raised in this appeal is whether art. 13 of the *Terms of Union* of British Columbia and Canada, 1871, affords any form of protection for Indian fishing. If this question is answered in the affirmative, then it remains to determine whether the article gives legal protection to the fishing activities of the appellants in the present case. Several of the accused were charged with unlawfully fishing for salmon at a time and place where fishing for salmon was prohibited by law. The other accused were charged with unlawful possession of salmon at a time and a place where fishing for such fish was prohibited by law. The “time” was September and October, 1974. The “place” was at Cowichan River on Vancouver Island in British Columbia. The accused are Indians within the meaning of the *Indian Act*, and are registered members of the Cowichan Indian Band. Between September 22, 1974, and November 17, 1974, the Cowichan River was closed to all salmon fishing by an order made by a fishery officer, acting pursuant to Regulation 4 of the British Columbia Fishing Regulations passed under the authority of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c.

fondée sur un argument constitutionnel et les appelants avaient le droit de l'invoquer. A mon avis, contrairement à ce qu'a soutenu l'avocat de l'intervenant, le procureur général de la Colombie-Britannique, il ne s'agit pas d'un cas où les appelants tentent de se prévaloir de droits qui découlent d'une entente intergouvernementale à laquelle ils ne sont pas parties.

Vu ma conclusion sur l'art. 13, je n'estime pas nécessaire de me prononcer sur l'argument de l'intimée fondé sur la protection des pêcheries. Cependant, l'avocat des appelants a reconnu que si l'interdiction de pêcher visait la protection des pêcheries, l'interdiction s'appliquerait au droit de pêche des Indiens. A la lumière des faits, je suis enclin à penser que l'interdiction a été imposée à des fins de protection. En conséquence, même si les droits de pêche revendiqués étaient reconnus, ils auraient été assujettis à l'objectif de protection de la faune marine dans les rivières en question.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi sur le fond.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE DICKSON—La question de principe soulevée dans ce pourvoi consiste à décider si l'art. 13 des *Conditions de l'Union* de la Colombie-Britannique et du Canada, 1871, protège de quelque façon la pêche par les Indiens. Dans l'affirmative, il s'agit de déterminer si, en l'espèce, cet article donne une protection légale à la pêche pratiquée par les appelants. Certains des prévenus ont été accusés de pêche illégale du saumon pendant une période et en un endroit où la pêche du saumon était interdite par la loi. Les autres ont été accusés de possession illégale de saumon pendant une période et en un endroit où la pêche en était interdite par la loi. La «période» visée est septembre et octobre 1974, et l'«endroit» est la rivière Cowichan, sur l'île Vancouver en Colombie-Britannique. Les accusés sont des Indiens au sens de la *Loi sur les Indiens* et ils sont membres inscrits de la bande indienne Cowichan. Aux termes d'une ordonnance établie par un fonctionnaire des pêcheries en vertu de l'art. 4 du Règlement de pêche de la Colombie-Britannique, édicté sous le régime de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, chap. F-14 et modifications, la pêche du saumon dans la

F-14, and amendments thereto. None of the accused had any permit issued under s. 32(1) of the Fishing Regulations. It is admitted that at the time of the alleged offences, those accused charged with fishing were food fishing, while those charged with possession of salmon were in possession of salmon that had been taken while food fishing. The accused were convicted before Heard P.C.J., and an appeal by way of stated case was dismissed by the British Columbia Court of Appeal.

Let me say immediately, and with respect, that I do not agree with the Court of Appeal that the appellants have no status to enforce art. 13 or to call it in aid. Status was denied because the appellants' forbears were not, and the appellants are not, parties to the agreements between the Dominion of Canada and the Colony of British Columbia that were embodied in the *Terms of Union*. Section 146 of the *British North America Act, 1867* clearly provides that "the Provisions of any Order in Council in that Behalf shall have effect as if they had been enacted by the Parliament of the United Kingdom for Great Britain and Ireland". The *Terms of Union* were approved by an Imperial Order in Council thereby giving constitutional effect as if enacted by the Imperial Parliament. The *Terms* may therefore establish constitutional limitations upon the exercise of federal or provincial legislative power. Section 146 clearly renders the *Terms of Union* something other than "an inter-governmental agreement" and the appellants are entitled to invoke art. 13 of those *Terms* as a defence to the charge.

Article 13 of the *Terms of Union* of British Columbia and Canada, 1871, provides:

The charge of the Indians, and the trusteeship and management of the lands reserved for their use and benefit, shall be assumed by the Dominion Government, and a policy as liberal as that hitherto pursued by the British Columbia Government shall be continued by the Dominion Government after the Union.

rivière Cowichan a été interdite entre le 22 septembre 1974 et le 17 novembre 1974. Aucun des accusés ne détenait le permis exigé au par. 32(1) du Règlement de pêche. Il est admis qu'à l'époque des infractions reprochées, les prévenus accusés de pêche illégale pêchaient pour se nourrir et ceux accusés de possession illégale de saumon étaient en possession de saumon capturé pour se nourrir. Les accusés ont été déclarés coupables par le juge Heard de la Cour provinciale et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté un appel par voie d'exposé de cause.

Je précise immédiatement qu'avec égards, je ne partage pas l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle les appelants n'ont pas qualité pour invoquer l'art. 13 ou en demander l'application. La Cour d'appel a statué qu'ils n'avaient pas qualité parce que ni eux ni leurs ancêtres n'étaient parties aux ententes entre le Canada et la colonie de la Colombie-Britannique intégrées aux *Conditions de l'Union*. L'article 146 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, prévoit expressément que «les dispositions de tous ordres en conseil rendus à cet égard auront le même effet que si elles avaient été décrétées par le parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande». Les *Conditions de l'Union* ont été approuvées par un arrêté en conseil impérial leur donnant la même valeur constitutionnelle que si elles avaient été édictées par le Parlement impérial. Les *Conditions* peuvent donc assujettir l'exercice du pouvoir législatif fédéral ou provincial à certaines restrictions constitutionnelles. L'article 146 donne clairement aux *Conditions de l'Union* une plus grande valeur que celle d'une «entente intergouvernementale» et les appelants sont donc fondés à en invoquer l'art. 13 comme moyen de défense à l'accusation.

L'article 13 des *Conditions de l'Union* de la Colombie-Britannique et du Canada, 1871, dispose:

Le soin des Sauvages et la garde et l'administration des terres réservées pour leur usage et bénéfice, incomberont au Gouvernement Fédéral, et une ligne de conduite aussi libérale que celle suivie jusqu'ici par le gouvernement de la Colombie-Britannique sera continuée par le Gouvernement Fédéral après l'Union.

To carry out such policy, tracts of land of such extent as it has hitherto been the practice of the British Columbia Government to appropriate for that purpose, shall from time to time be conveyed by the Local Government to the Dominion Government in trust for the use and benefit of the Indians on application of the Dominion Government; and in case of disagreement between the two Governments respecting the quantity of such tracts of land to be so granted, the matter shall be referred for the decision of the Secretary of State for the Colonies.

The first paragraph imposes two obligations: (i) to assume the charge of the Indians and the trusteeship and management of the lands reserved for the use and benefit of the Indians, and, (ii) to continue, after the Union, a policy as liberal as that pursued by the British Columbia government prior to the Union. The second paragraph imposes an obligation upon the local government to convey to the Dominion government, for the carrying out of the policy referred to in the first paragraph, tracts of land of such extent as had been the practice of the British Columbia government to appropriate for the purpose prior to the Union. The word "policy" in the first paragraph refers, in my view, to a broad general policy as affecting Indians and lands reserved for their use. The word "policy" in the second paragraph refers to that same policy, and the implementation thereof, in so far as it affects lands. There is clearly nothing in the language of art. 13 to suggest that "policy" in the first paragraph refers only to the land to be set aside for Indian reserves. If anything, the structure of the article indicates the opposite. I am further of the view that if the article can be said to be ambiguous, it should be so interpreted as to assure the Indians, rather than to deny to them, any liberality which the policy of the British Columbia government may have evinced prior to Union.

Exhibit 14 in this case is entitled "Report of the Government of British Columbia on the subject of Indian Reserves", a report by the Honourable George A. Walkem, then Attorney General of B.C., dated August 17, 1875. According to the British Columbia Sessional Papers of 1876—in which the Report is found—the Report was approved by the Executive Council and by the Lieutenant-Governor to this effect:

Pour mettre ce projet à exécution, des étendues de terres ayant la superficie de celles que le gouvernement de la Colombie-Britannique a, jusqu'à présent, affectées à cet objet, seront de temps à autre transférées par le Gouvernement Local au Gouvernement Fédéral au nom et pour le bénéfice des Sauvages, sur demande du Gouvernement Fédéral; et dans le cas où il y aurait désaccord entre les deux gouvernements au sujet de la quantité des étendues de terre qui devront être ainsi concédées, on devra en référer à la décision du Secrétaire d'État pour les Colonies.

Le premier alinéa impose deux obligations: (i) assumer le soin des Indiens et la garde et l'administration des terres réservées pour leur usage et bénéfice et (ii) continuer, après l'Union, à suivre une ligne de conduite aussi libérale que celle suivie par le Gouvernement de la Colombie-Britannique avant l'Union. Le deuxième alinéa prévoit que, pour mettre ce projet à exécution, le gouvernement local cédera au gouvernement fédéral des étendues de terre ayant la superficie de celles que le gouvernement de la Colombie-Britannique avait, avant l'Union, affectées à cet objet. L'expression «ligne de conduite» au premier alinéa vise à mon avis, une ligne de conduite générale relative aux Indiens et aux terres réservées à leur usage. L'expression «ce projet» au deuxième alinéa vise la même ligne de conduite et son application en ce qui concerne les terres. Le texte de l'art. 13 ne laisse aucunement entendre que la «ligne de conduite» mentionnée au premier alinéa vise uniquement les terres destinées aux réserves indiennes. En réalité, l'économie de l'article semble plutôt indiquer le contraire. J'estime en outre qu'en cas d'ambiguïté, l'article doit être interprété de façon à permettre aux Indiens de bénéficier plutôt que d'être privé des largesses dont pouvait faire preuve la ligne de conduite suivie par le gouvernement de la Colombie-Britannique avant l'Union.

La pièce 14 produite en l'espèce est intitulée [TRADUCTION] «Rapport du Gouvernement de la Colombie-Britannique sur les terres des Indiens»; il s'agit d'un rapport présenté par l'honorable George A. Walkem, le 17 août 1875, alors qu'il était procureur général de cette province. D'après les documents parlementaires de la Colombie-Britannique de 1876—dans lesquels le rapport est publié—il a été approuvé par le Conseil exécutif et le lieutenant-gouverneur:

The Committee of Council concur with the statements and recommendations contained in the Memorandum of the Honourable the Attorney-General, on the subject of Indian Affairs, dated 17th August, 1875, and advise that it be adopted as the expression of the views of this Government as to the best method of bringing about a settlement of the Indian Land Question.

The Attorney General read art. 13 as containing "four distinct terms":

1st.—That Canada assumed the charge of the Indians and the trusteeship and management of their lands;

2nd.—That a policy towards our Natives as liberal as that of the Colonial Government of British Columbia (prior to Confederation) should be continued by the Dominion Government;

3rd.—That this Province should, after Confederation, convey to the Dominion, in trust for the use of the Indians, tracts of land similar in extent to those which had been set apart for their use by British Columbia when governed directly by the Imperial Authorities;

4th.—That any disagreement with respect to the extent of such lands should be referred to the Secretary of State for the Colonies for his decision.

What is interesting for our purposes is the subsequent characterization of the import of "policy" by Walkem:

Upon these four distinct terms the 13th Article is based. It need scarcely be stated that *there is a marked difference between a stipulation to establish a general policy and an agreement to supply certain detailed assistance "to carry out such policy."* . . .

The value of the above distinction will presently appear in discussing the several points in the order laid down. Although the question of What assistance in land shall British Columbia now give to enable the Dominion to carry out her Indian policy? is the real issue between the two Governments, it appears to be absolutely necessary to give a short sketch of the Indian policy of the Crown Colony, with a view to removing the very unjust impressions respecting it which have been created in the public mind by the publication of the Report of the Minister of the Interior . . .

The policy of the Dominion aims at a concentration of the Indians upon Reserves, while that of the Crown Colony, besides granting Reserves in cases where the Indians preferred them, courted rather an opposite result . . . (*emphasis added*)

[TRADUCTION] Le comité du Conseil accepte les déclarations et recommandations contenues dans le mémoire de l'honorable procureur général sur les Affaires indiennes en date du 17 août 1875, et est d'avis qu'il soit adopté comme l'expression de l'opinion du présent Gouvernement quant à la meilleure façon de régler le problème des terres des Indiens.

Le procureur général voit à l'art. 13 [TRADUCTION] « quatre conditions distinctes »:

[TRADUCTION] Premièrement—Que le Canada assume le soin des Indiens et la garde et l'administration de leurs terres;

Deuxièmement—Qu'au sujet des aborigènes, le Gouvernement fédéral continue une ligne de conduite aussi libérale que celle suivie (avant la Confédération) par le Gouvernement colonial de la Colombie-Britannique;

Troisièmement—Qu'après la Confédération, cette province cède au fédéral, au nom et pour le bénéfice des Indiens, des étendues de terre ayant la superficie de celles que la Colombie-Britannique avait réservées pour leur usage sous le régime impérial;

Quatrièmement—Que tout désaccord entre les deux gouvernements au sujet de l'étendue de ces terres soit tranché par le Secrétaire d'État pour les Colonies.

Aux fins de ce pourvoi, la description par Walkem de la portée de la « ligne de conduite » est intéressante:

[TRADUCTION] L'article 13 est fondé sur ces quatre conditions distinctes. Est-il besoin de préciser qu'il existe une nette différence entre une intention déclarée d'établir une ligne de conduite générale et une entente de fournir une aide destinée à « mettre ce projet à exécution ». . . .

L'analyse des questions suivantes démontre l'importance de cette distinction. Même si, en ce qui a trait aux deux gouvernements, la véritable question consiste à déterminer quelle aide relative aux terres le Gouvernement de la Colombie-Britannique s'est engagé à fournir pour permettre au fédéral de mettre à exécution sa ligne de conduite relative aux Indiens, il paraît absolument nécessaire d'exposer sommairement la ligne de conduite relative aux Indiens suivie par la colonie de la Couronne afin de dissiper l'impression inexacte qu'a laissée au public la publication du rapport du ministre de l'Intérieur . . .

La ligne de conduite du fédéral vise le regroupement des Indiens sur des réserves alors que la politique suivie par la colonie de la Couronne était plutôt à l'inverse même si des réserves étaient octroyées aux Indiens lorsqu'ils le préféraient . . . (Les italiques sont de moi.)

The Attorney General then describes at some considerable length the assimilationist policy of the old Crown Colony, prior to entering upon the reserve issue.

It is apparent that art. 13 is akin the head 24 of s. 91 of the *British North America Act* in transferring to Parliament legislative jurisdiction in relation to Indians and lands reserved for their use. But that function is performed by the first of the "four distinct terms". One cannot simply skip over the next term to the two terms in the second paragraph, those dealing with the reserve lands aspect of Indian policy. The second paragraph is clearly subordinate to the first paragraph in its transfer of jurisdiction and statement of a general standard for federal Indian policy in British Columbia. As noted earlier, there is a similar standard of "practice" of the Crown Colony to be applied to the conveyance of tracts of land for reserves.

As a simple matter of statutory interpretation, the reference to "policy" in the first paragraph in art. 13 refers back to the first term of the article, to "The charge of the Indians, and the trusteeship and management of the lands reserved for their use and benefit", and not merely to the "tracts of land" to be set aside for reserves. That view is only reinforced by Walkem's report to the Executive Council of British Columbia. I conclude, therefore, as a matter of statutory interpretation and historical evidence, that the reference to "policy" in art. 13 extends beyond the narrower question of reserve lands dealt with in the second paragraph.

The next issue to be considered is whether Indian fishing can properly be regarded as within the "policy" to which reference is made in the first paragraph of art. 13 and, if so, what content can be given to the pre-Confederation policy of the Colony. It is not correct to advert to the post-Confederation Indian policy in order to determine the content of "policy" for our purposes. In this appeal we are concerned with the application of the minimum standard of pre-Confederation policy to the federal government after Confederation. As

Puis, avant d'aborder la question des réserves, le procureur général décrit en détail la politique d'assimilation suivie par l'ancienne colonie de la Couronne.

L'article 13 est de toute évidence apparenté au par. 24 de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* en ce qu'il transfère au Parlement le pouvoir de légiférer à l'égard des Indiens et des terres réservées à leur usage. Mais cette fonction est accomplie par la première des « quatre conditions distinctes ». On ne peut simplement oublier la condition suivante pour sauter aux deux conditions du deuxième alinéa relatives à l'aspect de la ligne de conduite qui vise les réserves. Le deuxième alinéa est clairement subordonné au premier quant au transfert de compétence et à l'énoncé d'une norme générale relative à la ligne de conduite fédérale ayant trait aux Indiens de la Colombie-Britannique. Comme je l'ai déjà souligné, une norme semblable à la pratique suivie par la colonie de la Couronne s'applique à la cession d'étendues de terre destinées aux réserves.

Comme simple question d'interprétation de la loi, l'expression « ligne de conduite » dans le premier alinéa de l'art. 13 renvoie à la première condition de l'article, soit « le soin des Sauvages et la garde et l'administration des terres réservées pour leur usage et bénéfice » et non simplement aux « étendues de terre » destinées aux réserves. Le rapport de Walkem au Conseil exécutif de la Colombie-Britannique appuie cette interprétation. Je conclus donc, en ce qui concerne l'interprétation de la loi et la preuve historique, que l'expression « ligne de conduite » dans l'art. 13 va plus loin que la simple question des réserves dont traite le deuxième alinéa.

Il s'agit ensuite de déterminer si les activités de pêche des Indiens sont visées par la « ligne de conduite » mentionnée au premier alinéa de l'art. 13 et, si c'est le cas, le contenu de la ligne de conduite suivie par la colonie avant la Confédération. A cette fin, c'est une erreur de s'en remettre à la ligne de conduite suivie après la Confédération. Le présent pourvoi porte sur l'application de la norme minimale de la ligne de conduite avant la Confédération au gouvernement fédéral après la Confédération. Comme le disent les appelants dans

the appellants state in their factum—and there is much historical evidence to support them—“Given the limited and ungenerous policies of British Columbia prior to Confederation, this standard will only rarely be able to be invoked against the federal government. It may be that it cannot be invoked in any area but that of fisheries.”

At trial, Heard P.C.J. found that there was a policy in the Colony relating to Indian fishing and described it in these terms:

Prior to 1871, the policy was that of non-interference with Indian fishing rights (if indeed they had rights). In such treaties as were made with other Indians, they were to be allowed to hunt over unoccupied lands and carry on their fisheries as formerly. This evidently was the policy prior to Union in 1871 in the Colony of British Columbia and any part that is now the Province of British Columbia.

Judge Heard elaborated the rationale underlying the policy of non-interference:

While the policy in force in the period under consideration was that of not regulating Indian fisheries, it appears that this policy was predicated on the assumption the fishery resource was inexhaustible and that fish being a staple of the Indian diet, it was better to allow them unlimited fishing in order to prevent any hostilities as the land was gradually occupied by non-Indians.

This is a fair interpretation of the historical and expert evidence in the case and I see no reason to interfere with the findings of the trial judge on this score.

Professor Ralston, professor of history at the University of British Columbia, stated that “there was a definite Indian Fishing Policy which is embodied in the text of the treaties that were signed between the various groups of Indians and the Hudson’s Bay Company acting for the Colony.” In the case of the Cowichan Indians, no treaty was concluded owing to financial problems experienced in the Colony of Vancouver Island

leur factum — et une abondante preuve historique appuie cet argument — [TRADUCTION] «Étant donné les lignes de conduite limitées et peu généreuses du gouvernement de la Colombie-Britannique avant la Confédération, cette norme ne pourra que rarement être invoquée contre le gouvernement fédéral. Il se peut qu’elle ne puisse être invoquée dans aucun autre domaine que celui des pêcheries».

En première instance, le juge Heard de la Cour provinciale a conclu à l’existence dans la Colonie d’une ligne de conduite relative aux activités de pêche des Indiens qu’il a décrite en ces termes:

[TRADUCTION] Avant 1871, on suivait une ligne de conduite de non-ingérence au sujet des droits de pêche des Indiens (si effectivement ils avaient des droits). Les traités conclus avec les autres Indiens les autorisaient à chasser sur les terres inoccupées et à poursuivre leurs activités de pêche comme auparavant. Il est clair que c’était la ligne de conduite suivie avant l’Union en 1871 dans la colonie de la Colombie-Britannique et tout territoire qui fait maintenant partie de la province de la Colombie-Britannique.

Le juge Heard a précisé le raisonnement sous-jacent à la ligne de conduite de non-ingérence:

[TRADUCTION] Même si la ligne de conduite en vigueur au cours de la période qui nous intéresse était de ne pas régir la pêche par les Indiens, cette ligne de conduite était fondée sur l’hypothèse que le poisson était une ressource inépuisable et que, vu qu’il était à la base du régime alimentaire des Indiens, il valait mieux ne pas limiter la pêche par eux afin de prévenir toute hostilité pendant le peuplement progressif des terres par les non-Indiens.

Il s’agit là d’une interprétation exacte de la preuve historique produite par des experts et je ne vois aucune raison de modifier les conclusions du juge de première instance sur ce point.

Selon le témoin Ralston, professeur d’histoire à l’Université de la Colombie-Britannique, [TRADUCTION] «il existait une ligne de conduite précise au sujet de la pêche par les Indiens et elle a été incluse dans le texte des traités signés par divers groupes d’Indiens et la Hudson’s Bay Company qui agissait au nom de la colonie». Dans le cas des Indiens Cowichan, aucun traité n’a été conclu vu les difficultés financières éprouvées par la colonie

from the termination of the Hudson's Bay Company grant in 1859 to the merger of the Island Colony with the mainland Colony of British Columbia in 1866. Professor Ralston described the general policy of Vancouver Island, even in the absence of treaties:

Yes, the policy on Vancouver Island was to encourage Indian fishing throughout its existence as a colony. You see, the Whites and Indians were in competition for agricultural land. Now, if you are going to put the Indians into a reserve they are not to be a charge on the public funds, they are expected to continue in their occupations as hunters and fishers and in the Cowichan case specifically as fishers.

Professor Barbara Lane, an anthropologist, described the colonial policy in more detail:

Well, again the settlers in the Colonial Period and especially if we are speaking of the Cowichan Valley, were concerned with agriculture and agricultural pursuits and the Indians filled an economic niche if you like, in the local scheme of things in that they provided the settlers with fish for their food while the settlers were clearing land and farming and the policy was one of encouraging the Indians to fish not only to provide food for themselves so that they wouldn't be a burden on the public purse but also to supply the resident non-Indian population with fish and also turning back a moment to the Hudson's Bay Period, the Hudson's Bay relied very heavily upon the Indian Fisherman to supply and provision all of the forts throughout what is now the Province of British Columbia and that cured salmon was the food staple provision for all the forts and this was procured from Indian Fishermen who harvested and in some cases cured the resources.

The exhibits filed in the case afford much evidentiary support for the views expressed above. Exhibit 10 is an excerpt from a dispatch from Governor Douglas of Vancouver Island to the Colonial Secretary, dated March 14, 1859, advocating a scheme of raising funds for Indians by leasing Indian lands:

The support of the Indians will thus, wherever land is valuable be a matter of easy accomplishment, and in districts where the white population is small, and the land unproductive, the Indians may be left almost wholly to their own resources, and, as a joint means of earning their livelihood, to pursue unmolested their favourite calling of fishermen and hunters.

de l'île Vancouver à compter de la fin de la concession de la Hudson's Bay Company en 1859 jusqu'à l'annexion de la colonie insulaire à la colonie continentale de la Colombie-Britannique en 1866. Le professeur Ralston a décrit comme suit la ligne de conduite générale suivie par l'île Vancouver, même en l'absence de traités:

[TRADUCTION] Oui, la ligne de conduite suivie sur l'île Vancouver a toujours visé à encourager la pêche par les Indiens. Voyez-vous les Blancs et les Indiens étaient en concurrence pour occuper des terres agricoles. Mais, si l'on voulait mettre des Indiens dans une réserve, il ne fallait pas qu'ils vivent des fonds publics, on s'attendait qu'ils allaient plutôt continuer à vivre de chasse et de pêche et, dans le cas précis des Indiens Cowichan, de pêche.

L'anthropologue Barbara Lane a exposé avec plus de détails la ligne de conduite coloniale:

[TRADUCTION] A l'époque coloniale, particulièrement dans le cas de la vallée Cowichan, les colons voulaient faire de l'agriculture et les Indiens jouaient un rôle dans l'économie locale, si l'on peut dire, en ce sens qu'ils approvisionnaient les colons en poisson pendant que ces derniers défrichaient les terres et les cultivaient. La ligne de conduite suivie visait à encourager les Indiens à pêcher non seulement pour eux-mêmes de façon à ne pas vivre des fonds publics, mais également pour la population non indienne; en outre, à l'époque de la Hudson's Bay, cette dernière comptait beaucoup sur les pêcheurs indiens pour approvisionner tous les forts du territoire qu'on appelle maintenant la Colombie-Britannique, et le saumon fumé constituait la principale denrée consommée dans tous les forts et ce sont les pêcheurs indiens qui le capturaient et, dans certains cas, le fumaient.

Les pièces produites en l'espèce étayent fortement ces opinions. La pièce 10 est un extrait d'une lettre du 14 mars 1859 du gouverneur Douglas de l'île Vancouver au Secrétaire pour les colonies où il préconise une façon de réunir des fonds pour les Indiens en louant des terres des Indiens:

[TRADUCTION] Le soin des Indiens deviendra donc chose facile, partout où les terres ont de la valeur, et dans les endroits où la population blanche est clairsemée et où les terres sont stériles, les Indiens pourront quasiment être laissés à eux-mêmes et, tout en gagnant leur vie, poursuivre en paix leur activité préférée de pêche et de chasse.

Exhibit 13 represents a memorandum of David Laird, then Minister of the Interior and the minister responsible for Indian matters, submitted to the federal cabinet and adopted by the Governor General in Council on April 24, 1874. The fifth of the recommendations reads:

5th. Great care should be taken that the Indians especially those inhabiting the Coast, should not be disturbed in the enjoyment of their customary fishing grounds, which should be reserved for them previous to White Settlement in the immediate vicinity of such localities.

Given the general agreement of the respective governments on the subject of Indian fishing, and this within the confines of the continuing debate over the lands to be reserved for Indians under art. 13, it seems difficult, if not impossible, to argue that fishing by Indians was not perceived to form a part of the "policy" of the first paragraph of art. 13.

If further evidence were necessary, Dr. Lane pointed out in reference to the four small reserves on the Cowichan river (gazetted in 1867), "the tabular statement of Cowichan Reserve in the McKenna McBride Royal Commission publication in 1916 indicates those same Cowichan Reserves as fishing stations". Dr. Lane stated that there was no competition between Indians and Whites in the Cowichan River area in relation to fishing prior to 1871, which accords with both provincial and federal statements of a policy encouraging Indian fishing in such areas. Finally, this exchange between Dr. Lane and counsel for the Attorney General of British Columbia:

Q. Doctor Lane, you mentioned the establishment of reserves and they followed quite similarly along the river, those small areas that are marked in red on the map that has been marked?

A. Yes.

Q. And it's my understanding that these reserves coincide with places that had been traditionally used by the Indians to practice their methods of fishing?

A. Yes.

La pièce 13 est un mémoire soumis au Cabinet fédéral par David Laird, alors ministre de l'Intérieur et ministre responsable des Affaires indiennes; ce mémoire fut adopté par le gouverneur général en conseil le 24 avril 1874. La cinquième recommandation se lit comme suit:

[TRADUCTION] Cinquièmement, il faudrait bien veiller à ne pas déposséder les Indiens, particulièrement ceux de la côte ouest, de leurs territoires de pêche traditionnels et plutôt les leur réserver avant que les colons ne s'installent dans les régions environnantes.

Vu l'entente générale entre les gouvernements respectifs relativement aux activités de pêche des Indiens et compte tenu du débat qui se poursuit au sujet des terres à être réservées aux Indiens en vertu de l'art. 13, il semble difficile sinon impossible de prétendre que l'on n'a pas considéré que la pêche par les Indiens faisait partie de la «ligne de conduite» mentionnée au premier alinéa de l'art. 13.

Si d'autres preuves sont nécessaires, le professeur Lane a souligné, en se référant aux quatre petites réserves le long de la rivière Cowichan (déclarées en 1867), que [TRADUCTION] «d'après le tableau de la réserve Cowichan publié dans le rapport de la Commission royale McKenna — McBride en 1916, les mêmes réserves Cowichan sont des postes de pêche». Selon le professeur Lane, avant 1871 les Indiens et les Blancs n'étaient pas en concurrence pour pêcher dans la région de la rivière Cowichan et cet énoncé s'accorde avec les déclarations provinciales et fédérales sur une ligne de conduite propre à encourager les Indiens à pêcher dans ces régions. Et finalement, je cite cet échange entre le professeur Lane et l'avocat du procureur général de la Colombie-Britannique:

[TRADUCTION] Q. Professeur Lane, vous avez mentionné la création de réserves le long de la rivière; sont-ce bien les petits points rouges sur la carte?

R. Oui.

Q. Et ces réserves correspondent aux emplacements où les Indiens pratiquent traditionnellement la pêche selon leurs méthodes propres?

R. Oui.

Q. And so, would you agree with this then that the purpose of marking those reserves was to preserve in those places that system of fishing?

A. Yes, although the Indians were not limited to those places.

Q. They were not prevented in fishing elsewhere but they were certainly protected in fishing in those places in these locations?

A. Yes.

Q. And in the traditional manners?

A. Yes.

Q. And is that your interpretation then of the constitution of those small reserves up the Cowichan River?

A. Yes.

And, she noted that all four of these sites were "weir sites".

It is apparent from the foregoing that Indian fishing was an essential element of both "the charge of Indians" and "the trusteeship and management of the lands reserved for their use and benefit". It is extremely difficult to separate out the fishery from either Indians or the lands to be reserved for Indians. In the latter case, lands were to be reserved to Indians for the purpose of permitting them to continue their river fishery at the customary stations. In the former case, the Indians were to be encouraged to exploit the fishery, both for their own benefit and that of the incoming white settlers, as a means of avoiding the Indians becoming a charge upon the colonial finances. However one wishes to view the pre-Confederation "policy", it undoubtedly included some elements of an Indian fishing policy.

Accepting, as a preliminary matter, that Indian fishing fell within the pre-Confederation policy, the question then to be determined is the precise content of that policy. One can discern a number of relevant elements:

(1) The fishery was not regulated in any significant manner prior to 1871, whether in respect of Indians or whites.

(2) The Indian fishermen were permitted to continue, and encouraged to continue, fishing for their own food requirements.

Q. Diriez-vous que ces réserves ont été créées afin de protéger ces méthodes de pêche en ces endroits précis?

R. Oui, même si les Indiens n'étaient pas confinés dans ces endroits.

Q. On ne leur interdisait pas de pêcher ailleurs mais la pêche en ces endroits était néanmoins protégée?

R. Oui.

Q. La pêche selon les méthodes traditionnelles?

R. Oui.

Q. C'est ainsi que vous interprétez la création de ces petites réserves le long de la rivière Cowichan?

Q. Oui.

Puis le témoin a souligné que les quatre endroits étaient des emplacements de barrages.

Il est donc évident que les activités de pêche des Indiens étaient un élément essentiel du «soin des Sauvages» et de «la garde et l'administration des terres réservées pour leur usage et bénéfice». Il est extrêmement difficile de séparer les activités de pêche soit des Indiens soit des terres réservées aux Indiens. Dans ce dernier cas, les terres devaient être réservées aux Indiens afin de leur permettre de continuer à pêcher aux endroits habituels sur la rivière. Dans le premier cas, les Indiens devaient être encouragés à pêcher, non seulement pour eux-mêmes mais pour les colons blancs, afin d'éviter que les Indiens ne deviennent un fardeau financier pour la colonie. Peu importe de quelle façon on envisage la «ligne de conduite» suivie avant la Confédération, il est indéniable qu'elle contient certains éléments d'une ligne de conduite sur les activités de pêche des Indiens.

Ayant donc établi comme premier point, que la pêche par les Indiens faisait partie de la ligne de conduite suivie avant la Confédération, le contenu précis de cette ligne de conduite reste à déterminer. Au départ, les éléments pertinents suivants ressortent:

(1) Avant 1871, il n'existait aucune réglementation appréciable de la pêche pour les Indiens ou pour les Blancs.

(2) Les pêcheurs indiens étaient autorisés et encouragés à pêcher pour se nourrir.

(3) The colonial administration further encouraged the Indian fishery in order to supply some of the food requirements of the white settlers, who devoted their efforts to agriculture.

(4) In 1871 there was no commercial fishery of any importance or scale.

(5) Sport fishing had yet to develop into a significant pastime on the part of the white residents.

Judge Heard at trial was perfectly correct in suggesting that the policy of non-regulation "was predicated on the assumption the fishery resource was inexhaustible". The trial judge described the limited regulation of fish and game by the Colony of Vancouver Island prior to Confederation. In 1859, a bill was passed, entitled "A Bill to Provide For The Preservation of Game", which contains no reference to fish, but only to "any animal of the Deer kind . . . or any Duck, Teal, Goose, Woodcock, or Snipe . . . or any willow grouse or quail . . . or any dusky grouse". Heard P.C.J. discussed an amendment in 1862 to this Act relating to fish, which is unfortunately not found in the exhibits:

The Amendment to the foregoing Bill, dated September 5th, 1862, did regulate the method of catching fish "in Victoria Arm above Point Ellis, or in any lake, pond or standing water in this Colony".

A clear indication that the Assembly felt it had the power to regulate fishing in the Colony.

Other than the 1862 Amendment to the Bill of 1859, there were no fishing regulations in effect for Vancouver Island.

The federal *Fisheries Act* was only proclaimed in British Columbia on July 1, 1876. The first *Salmon Fishery Regulations for British Columbia* were adopted in 1878, and they were minimal. The first reference to Indians in the Regulations is found in those of 1888 where clause 1, relating to the salmon fishery, states:

Fishing by means of nets or other apparatus without leases or licences from the Minister of Marine and

(3) En outre, les autorités coloniales encourageaient les Indiens à pêcher pour nourrir les colons blancs qui consacraient toutes leurs énergies à l'agriculture.

(4) En 1871, il n'y avait pas de pêche commerciale d'envergure.

(5) La pêche sportive n'était pas encore un passe-temps important pour les Blancs de la région.

Le juge Heard de première instance avait parfaitement raison de dire que l'absence de réglementation «était fondée sur l'hypothèse que le poisson était une ressource inépuisable». Voici comment il a expliqué le peu de réglementation sur la pêche et la chasse par la colonie de l'île Vancouver avant la Confédération. En 1859, une loi intitulée [TRADUCTION] «Loi sur la protection du gibier» fut adoptée; elle ne contenait aucune disposition relative au poisson mais visait uniquement [TRADUCTION] «tout animal de la famille du cerf . . . ou tout canard, sarcelle, oie, bécasse ou bécassine . . . ou tout lagopède blanc ou caille . . . ou tout tétra sombre». Le juge Heard a analysé une modification de cette loi qui visait la pêche (un document qui n'a malheureusement pas été produit comme pièce):

[TRADUCTION] Une modification de la loi, en date du 5 septembre 1862, régit la façon de pêcher «à Victoria Arm, au nord de Point Ellis, et dans tout lac, étang ou eau stagnante de la colonie.»

Cela indique clairement que l'assemblée considérait qu'elle avait le pouvoir de réglementer la pêche dans la colonie.

A l'exception de la modification apportée en 1862 à la loi adoptée en 1859, aucun règlement de pêche n'était en vigueur sur l'île Vancouver.

Ce n'est que le 1^{er} juillet 1876 que la loi fédérale, la *Loi sur les pêcheries*, est entrée en vigueur en Colombie-Britannique. Le premier [TRADUCTION] *Règlement de pêche du saumon de la Colombie-Britannique* a été adopté en 1878 et la portée en était très limitée. C'est en 1888 que les Indiens ont été mentionnés pour la première fois dans le Règlement et l'article 1 relatif à la pêche au saumon dispose:

[TRADUCTION] Dans toutes les eaux de la Colombie-Britannique, il est interdit de pêcher au filet ou autre-

Fisheries is prohibited in all waters of the Province of British Columbia.

Provided always that Indians shall, at all times, have liberty to fish for the purpose of providing food for themselves but not for sale, barter or traffic, by any means other than with drift nets, or spearing.

The next change in regulations appears in those of 1900, which spelled out in much more detail what might be called the "Indian exception". In 1917, we find the first complete provision relating to control of the Indian fishery, more or less identical to the present day s. 32 of the British Columbia Regulations. An Indian was allowed, with the permission of the Chief Inspector of Fisheries, to catch fish to be used as food for himself and his family but no other purpose. The Chief Inspector was empowered to limit or fix the area of the waters in which, the means by which, and the time in which, such fish might be caught.

As Professor Ralston explained, the Regulations of 1888 came into effect at a period of growth in the fishing industry and on the threshold of great expansion in the British Columbia fishery. Dr. Lane detailed the development of commercial and sport fishing in the Cowichan area at the turn of the century and the conflicts to which this gave rise between the Indians, on the one hand, and the sport fishermen and commercial fishermen, on the other hand. The federal Regulations became increasingly strict in regard to the Indian fishery over time, as first the commercial fishery developed and then sport fishing became common. What we can see is an increasing subjection of the Indian fishery to regulatory control. First, the regulation of the use of drift nets, then the restriction of fishing to food purposes, then the requirement of permission from the Inspector and, ultimately, in 1917, the power to regulate even food fishing by means of conditions attached to the permit.

I think it is apparent from a study of the testimony of the expert witnesses and the documentary evidence that the "policy" of the Colonial

ment sans permis ou licence du ministre de la Marine et des Pêcheries.

Cependant les Indiens ont, en tout temps, le droit de pêcher pour leur alimentation, mais non pour fins de vente, de troc ou de trafic, par tout moyen sauf le filet dérivant ou le harpon.

La modification suivante du Règlement, décrétée en 1900, apporte beaucoup plus de précision à ce qu'on pourrait appeler l'«exception pour les Indiens». C'est dans le texte de 1917 que l'on trouve la première disposition complète sur le contrôle de la pêche par les Indiens, une disposition plus ou moins indentique à l'actuel art. 32 du Règlement de la pêche de la Colombie-Britannique. Elle autorisait un Indien qui détenait un permis de l'inspecteur en chef des pêcheries à pêcher aux seules fins de son alimentation et celle de sa famille. L'inspecteur avait le pouvoir d'établir à quels endroits, par quels moyens et pendant quelle période un Indien pouvait capturer du poisson.

Comme l'a expliqué le professeur Ralston, le Règlement de 1888 est entré en vigueur en un temps où la pêche commerciale prenait de l'ampleur et à la veille de l'essor considérable qu'elle allait connaître en Colombie-Britannique. Le professeur Lane a décrit l'évolution de la pêche commerciale et sportive dans la région de Cowichan au tournant du siècle et a expliqué les conflits qu'elle a suscités entre les Indiens d'une part et les adeptes de la pêche sportive et les pêcheurs commerciaux d'autre part. Face à la popularité de la pêche commerciale puis de la pêche sportive, la réglementation fédérale est, avec le temps, devenue de plus en plus sévère à l'égard des Indiens. On a assisté à l'assujettissement croissant de la pêche par les Indiens au contrôle réglementaire. Cela a commencé par la réglementation de l'usage de filets dérivants qui a été suivie d'une restriction du droit de pêche à des fins d'alimentation, puis de l'obligation d'obtenir un permis de l'inspecteur et enfin, en 1917, du pouvoir de réglementer même la pêche à des fins d'alimentation au moyen de conditions spécifiées dans le permis.

Il me semble évident, à la lumière des témoignages des experts et de la preuve documentaire, que la «ligne de conduite» du gouvernement colonial

government existed in the context of two critical factors which have undergone major change. First, no significant commercial or sports fishery existed prior to Confederation in 1871. Second, the general perception of the fishery resource was as one of limitless proportions, although fluctuations in annual salmon runs were well known. What is plain from the pre-Confederation period is that the Indian fishermen were encouraged to engage in their occupation and to do so for both food and barter purposes.

What protection, then, is afforded Indian fishing by art. 13 of the *Terms of Union*? At a minimum, one can say that "a policy as liberal" requires no discrimination against the Indian fishery as opposed to the commercial or sports fishery. I also think that one could go further—the Colony gave priority to the Indian fishery as an appropriate pursuit for the coastal Indians, primarily for food purposes and, to a lesser extent, for barter purposes with the white residents. Thus, when it comes time to take into consideration the emergence of commercial and sport fisheries, one could suggest that "a policy as liberal" would require clear priority to Indian food fishing and some priority to limited commercial fishing over the competing demands of commercial and sport fishing. Finally, there can be no serious question that conservation measures for the preservation of the resource—effectively unknown to the regulatory authorities prior to 1871—should take precedence over any fishing, whether by Indians, sportsmen, or commercial fishermen. From Dr. Lane's testimony, as well as that of Joseph Elliott, an old member of the Cowichan band, it appears that the Indians themselves practised some form of self-imposed discipline for conservation purposes.

Does the pre-Confederation "policy" as so envisaged, assure the Indian fishery any protection in the absence of a statute or treaty or other formal document, to which one can point, embodying the protection sought to be asserted? In response to this question, in my view a denial of some measure or protection moves from a mistaken perception of the issues arising out of art. 13. The "policy" is not disembodied. Article 13 does

était fondée sur deux éléments décisifs qui ont subi d'importants changements. Premièrement, la pêche commerciale et sportive était quasi inexistante en 1871. Deuxièmement, à l'époque, la pêche était généralement considérée comme une ressource inépuisable même si l'on connaissait bien les variations dans les remontes annuelles de saumon. Il est manifeste que durant les années qui ont précédé la Confédération, les pêcheurs indiens ont été encouragés à poursuivre leur activité non seulement pour se nourrir mais aussi pour le troc.

En conséquence, dans quelle mesure l'art. 13 des *Conditions de l'Union* protège-t-il la pêche par les Indiens? A tout le moins, on peut certainement dire qu'une ligne de conduite aussi libérale interdite toute discrimination à l'égard de la pêche par les Indiens, par opposition à la pêche commerciale ou sportive. On peut aussi aller plus loin—la colonie accordait la priorité à la pêche par les Indiens des régions côtières parce qu'elle leur permettait d'abord de se nourrir et, à un degré moindre, de faire du troc avec les Blancs. En conséquence, face à l'évolution de la pêche commerciale et sportive, il est permis de penser qu'on entendait par l'expression «une ligne de conduite aussi libérale», accorder la première priorité à la pêche par les Indiens à des fins d'alimentation et une certaine priorité à une pêche commerciale restreinte, partagée entre la pêche commerciale et sportive. Finalement, il est clair que les mesures destinées à la protection des ressources—totalement absentes des textes réglementaires avant 1871—priment sur tout genre de pêche, qu'il s'agisse de la pêche par les Indiens, de pêche commerciale ou sportive. Selon le professeur Lane et Joseph Elliott, un membre âgé de la bande Cowichan, il est appert que les Indiens observaient, de leur propre initiative, certaines règles en vue de la protection des pêcheries.

En conséquence, cette «ligne de conduite» en vigueur avant la Confédération assure-t-elle à la pêche par les Indiens une protection quelconque en l'absence d'une loi, d'un traité ou d'un autre texte officiel qui reconnaît la protection revendiquée? En réponse à cette question, j'estime que la négation de toute protection résulte d'une interprétation erronée de l'art. 13. La «ligne de conduite» ne se situe pas dans le vide. L'article 13 ne parle pas

not speak of “Indian fishing rights” but only “a policy as liberal”. The reference to “policy” in art. 13 establishes a limitation upon the federal legislative power in relation to the Indian fishery and sets up a standard against which that federal legislation is to be tested. It is not necessary for the appellants in this case to point to any underlying basis of “rights” for art. 13, whether based upon aboriginal title or treaty. It is sufficient to detail the pre-Confederation policy of the colonial government.

Article 13 subjects the exercise of federal powers to a limitation in respect of Indians, in that it requires the federal government to continue “a policy as liberal as that hitherto pursued by the British Columbia Government”. The language of the restriction is imperative—such a policy “shall be continued by the Dominion Government after the Union”. It would seem strange if the effect of this standard inserted into art. 13 were nothing more than “policy”, *i.e.* expediency, alterable at the unilateral option of the federal government. To frame the restriction in that manner would be to deny it any constitutional effect. The “policy” may be difficult to construe and the historical evidence may be fragmentary, but that is hardly reason to deprive the provision of any effect.

The appellants’ argument rests not upon any “right” derived from treaty or aboriginal title that can be invoked against federal legislation, rather upon a constitutional limitation of that very federal power to legislate in respect of Indians in British Columbia, a limitation imposed upon the federal government in the *Terms of Union*.

Article 13 of the *Terms of Union* does not demand of the federal government “a policy the same as that hitherto pursued”, but only “a policy as liberal as that hitherto pursued”. That not only introduces an element of flexibility, but also requires the Court to balance the pre-Confederation policy with the current measures. In assessing the liberality of the post-Confederation policy, it is necessary to take into account both the emergence of conservation as a limitation by reason of declin-

des «droits de pêche des Indiens» mais uniquement d’«une ligne de conduite aussi libérale». La mention de la «ligne de conduite» dans l’art. 13 fixe des limites au pouvoir législatif fédéral relativement à la pêche par les Indiens et établit une norme que la législation fédérale doit respecter. En l’espèce, les appelants n’ont pas à fonder de «droits» à l’art. 13, soit sur un titre aborigène ou un traité. Il leur suffit d’établir la ligne de conduite suivie par le gouvernement colonial avant la Confédération.

L’article 13 assujettit l’exercice des pouvoirs fédéraux à une restriction en ce qui concerne les Indiens; il oblige le gouvernement fédéral à poursuivre «une ligne de conduite aussi libérale que celle suivie jusqu’ici par le gouvernement de la Colombie-Britannique». Le texte de cette restriction est impératif—cette ligne de conduite «sera continuée par le Gouvernement Fédéral après l’Union». Il serait étrange que cette norme insérée dans l’art. 13 ne soit rien de plus qu’une «ligne de conduite» au sens d’énoncé opportuniste, susceptible d’être modifié unilatéralement par le gouvernement fédéral. Concevoir la restriction de cette façon lui enlèverait tout effet constitutionnel. La «ligne de conduite» peut être difficile à interpréter et la preuve historique peut être fragmentaire mais ce n’est pas une raison d’enlever tout effet à la disposition.

L’argumentation des appelants n’est pas fondée sur un «droit» qui découle d’un traité ni sur un titre aborigène qui peut être invoqué contre la loi fédérale, elle repose plutôt sur une restriction constitutionnelle du pouvoir même du fédéral de légiférer à l’égard des Indiens de la Colombie-Britannique, une restriction imposée au gouvernement fédéral par les *Conditions de l’Union*.

L’article 13 des *Conditions de l’Union* n’exige pas que le gouvernement fédéral suive «la même ligne de conduite que celle suivie jusqu’ici» mais seulement «une ligne de conduite aussi libérale que celle suivie jusqu’ici». Cela n’introduit pas seulement un élément de flexibilité mais oblige également les tribunaux à équilibrer la ligne de conduite en vigueur avant la Confédération avec les contraintes actuelles. Aux fins de l’évaluation du caractère libéral de la ligne de conduite suivie

ing fish stocks and the development of a commercial and sports fishery after 1871. Article 13 does not deprive the federal government of all regulatory authority, nor does it require an absolute priority be given to the Indian fishery.

Conservation is a valid legislative concern. The appellants concede as much. Their concern is in the allocation of the resource after reasonable and necessary conservation measures have been recognized and given effect to. They do not claim the right to pursue the last living salmon until it is caught. Their position, as I understand it, is one which would give effect to an order of priorities of this nature: (i) conservation; (ii) Indian fishing; (iii) non-Indian commercial fishing; or (iv) non-Indian sports fishing; the burden of conservation measures should not fall primarily upon the Indian fishery.

I agree with the general tenor of this argument. Article 13 calls for distinct protection of the Indian fishery, in that pre-Confederation policy gave the Indians a priority in the fishery. That priority is at its strongest when we speak of Indian fishing for food purposes, but somewhat weaker when we come to local commercial purposes. If there are to be limitations upon the taking of salmon here, then those limitations must not bear more heavily upon the Indian fishery than the other forms of the fishery. With respect to whatever salmon are to be caught, then priority ought to be given to the Indian fishermen, subject to the practical difficulties occasioned by international waters and the movement of the fish themselves. But any limitation upon Indian fishing that is established for a valid conservation purpose overrides the protection afforded the Indian fishery by art. 13, just as such conservation measures override other taking of fish.

Unfortunately for the appellants, the facts of this case do not fall within their self-described limits of art. 13. In 1974, the spring salmon run was later than its usual mid-August peak of entry

après la Confédération, il faut à la fois tenir compte d'une contrainte justifiée par le besoin de protection à cause de la diminution des bancs de poisson et le développement de la pêche commerciale et sportive après 1871. L'article 13 n'enlève pas tout pouvoir réglementaire au gouvernement fédéral et n'accorde pas à la pêche par les Indiens une priorité absolue.

La protection des ressources constitue une considération législative valide. Les appelants l'admettent. Ce qui les préoccupe c'est plutôt la répartition des ressources après la détermination et l'application des mesures de protection raisonnables et nécessaires. Ils ne réclament pas le droit de pêcher jusqu'au dernier saumon. Ils préconisent plutôt, me semble-t-il, l'ordre de priorité suivant: (i) la protection de la ressource; (ii) la pêche par les Indiens; (iii) la pêche commerciale par les non-Indiens; ou (iv) la pêche sportive par les non-Indiens; les Indiens ne devraient pas subir en premier lieu le fardeau des mesures de protection.

J'accepte cet argument dans ses grandes lignes. L'article 13 exige qu'une protection distincte soit accordée à la pêche par les Indiens parce que la ligne de conduite suivie avant la Confédération accordait priorité aux Indiens en ce domaine. Cette priorité se comprend pleinement lorsque les Indiens pêchent pour se nourrir mais s'explique moins bien lorsqu'il s'agit de pêche à des fins de commerce local. Si la pêche au saumon doit être limitée, les restrictions imposées ne doivent pas être plus lourdes pour la pêche faite par les Indiens que pour les autres genres de pêche. En ce qui concerne la pêche du saumon, les pêcheurs indiens doivent avoir priorité, sous réserve des difficultés pratiques relatives aux eaux internationales et aux déplacements du poisson. Mais toute restriction à la pêche par les Indiens établie conformément à un objectif valide de protection des ressources l'emporte sur la protection de la pêche par les Indiens prévue à l'art. 13, au même titre que ces mesures de protection l'emportent sur les autres genres de pêche.

Malheureusement pour les appelants, les faits de l'espèce n'entrent pas dans le cadre de l'art. 13, selon leur propre description de ce qu'il implique. En 1974, la remonte du saumon dans la baie

into Cowichan Bay. The salmon run appeared to be well below average, about half of the normal run for the Cowichan, on the basis of the information then available to the Fisheries officials. At the same time, there was record or near-record low precipitation and consequently low water levels in the Cowichan river system. The officials responded first by closing a portion of Cowichan Bay to sports fishing by an order effective August 27. The next step was an order of closure of the river to all fishing on September 22, 1974. The closures were lifted on November 17, 1974. In the circumstances, I find it difficult to perceive how conservation could have been assured by any other method which could have given the necessary priority to the Indian river fishery.

Having said that, I would nonetheless reject the view of the matter put forward by the respondent in this appeal:

The Regulations and Closing Order are aimed at all persons in an effort to conserve adequate stocks of fish

Decisions in this regard are made by appropriate legislative authority and the wisdom of such decisions are not matters for review by the Courts.

By reason of the constitutional nature of art. 13, the contention that the steps taken by the Fisheries officials here are immune from review by the Courts is untenable. A mere order of closure by a Fisheries officer in British Columbia under s. 4 of the Regulations may be a clear indication of a conservation purpose, but it is not conclusive on the question of protection of Indian fishing. Considerable latitude should be given to the judgment of the Fisheries officials in deciding the questions of when closure is required for conservation purposes and how that closure is to be effected. That does not, however, completely shield those measures from judicial review for constitutional competence.

If there is a challenge, then the questions on review will be whether the steps taken by the Fisheries authorities were reasonable and necessary for the purposes of conservation, and whether

Cowichan s'est produite plus tard que la date usuelle, la mi-août. En fait, la remontée du saumon s'est avérée bien inférieure à la moyenne, environ la moitié de la remontée normale pour la Cowichan, selon les données dont disposaient à l'époque les fonctionnaires des pêcheries. Au même moment, on a atteint ou presque un record de sécheresse et, en conséquence, le niveau de l'eau de la rivière Cowichan était bas. Les fonctionnaires ont d'abord interdit la pêche sportive dans une partie de la baie Cowichan par une ordonnance entrée en vigueur le 27 août. Puis, le 22 septembre 1974, ils ont interdit toute pêche dans la rivière. Ces interdictions ont été levées le 17 novembre 1974. Dans les circonstances, il me semble difficile d'imaginer par quelle autre méthode la protection de la ressource aurait pu être assurée tout en accordant la priorité nécessaire à la pêche par les Indiens.

Cela dit, je rejetterais néanmoins la prétention suivante de l'intimée:

[TRADUCTION] Le règlement et l'ordonnance de fermeture s'appliquent à tous et visent à conserver une quantité raisonnable de poisson . . .

Les décisions dans ce domaine sont prises par l'autorité législative compétente et leur opportunité n'est pas susceptible de révision par les cours.

Vu le caractère constitutionnel de l'art. 13, on ne peut retenir la prétention que les mesures prises par les fonctionnaires des pêcheries sont à l'abri du contrôle judiciaire. Une simple ordonnance de fermeture rendue par un fonctionnaire des pêcheries de la Colombie-Britannique en vertu de l'art. 4 du Règlement peut clairement indiquer qu'elle est faite à des fins de protection des ressources, mais elle n'est pas concluante sur la question de la protection de la pêche par les Indiens. Les fonctionnaires des pêcheries devraient bénéficier d'une grande liberté d'action pour décider quand ordonner une fermeture à des fins de protection et comment l'appliquer. Mais cela ne met pas pour autant ces mesures à l'abri d'un contrôle judiciaire fondé sur la compétence constitutionnelle.

En cas de contestation, il s'agira, en révision, de déterminer si les mesures de protection prises par les autorités responsables des pêcheries étaient raisonnables et nécessaires et si on a fait des efforts

efforts were made to assure priority to the Indian fishery, within the practical limits of modern fisheries management.

On the facts of the case at bar, and in particular the evidence of Mr. Armstrong, the senior Fisheries officer, it seems to me that the Fisheries officials have shown that the closure of the river fishery was reasonable and necessary for the purpose of conservation and does not offend against the priority assured to the Indian fishery by reason of art. 13 of the *Terms of Union*.

In the result, I would dismiss the appeals.

Appeals dismissed.

Solicitor for the appellants: Douglas Sanders, Victoria

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

Solicitor for the Attorney General of British Columbia: R. M. J. Hutchinson, Victoria.

en vue d'accorder la priorité à la pêche par les Indiens, compte tenu des contingences pratiques de la gestion moderne des pêcheries.

Vu les faits de l'espèce et particulièrement le témoignage de M. Armstrong, fonctionnaire supérieur des pêcheries, il me semble que les fonctionnaires des pêcheries ont établi que l'interdiction de pêcher dans la rivière était raisonnable et nécessaire à des fins de protection des ressources et ne va pas à l'encontre de la priorité accordée à la pêche par les Indiens par l'art. 13 des *Conditions de l'Union*.

En définitive, je suis d'avis de rejeter les pourvois.

Pourvois rejetés.

Procureur des appelants: Douglas Sanders, Victoria.

Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.

Procureur du Procureur-général de la Colombie-Britannique: R. M. J. Hutchinson, Victoria.

Donald E. Perry *Appellant*;

and

Public Service Commission Appeal Board
Respondent.

1980: February 20.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Judicial review — Public Service — Public Service Commission Appeal Board — Appeal to the Board against a proposed appointment — Appeal allowed without affording the person involved the opportunity to be heard — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28 — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 21.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹ dismissing an application to review and set aside a decision of the Public Service Appeal Board allowing an appeal against the proposed appointment of the appellant to a position in the Public Service. Appeal allowed.

Maurice Wright, Q.C., and Andrew J. Raven, for the appellant.

Walter L. Nisbet, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

MARTLAND J.—The appeal is allowed, the judgment of the Federal Court of Appeal and the decision of the Public Service Commission Appeal Board insofar as it relates to the appellant are set aside and the matter is referred back to the Public Service Commission Appeal Board for a new hearing. It is directed that the appellant be given notice of such hearing and be given an opportunity to be heard.

The appellant is entitled to costs.

Appeal allowed with costs.

¹ [1979] 2 F.C. 57.

Donald E. Perry *Appelant*;

et

**Le Comité d'appel de la Commission de la
Fonction publique** *Intimé.*

1980: 20 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Examen judiciaire — Fonction publique — Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique — Appel interjeté devant le Comité à l'encontre d'une nomination éventuelle — Appel accueilli sans donner la possibilité à la personne en cause de se faire entendre — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 28 — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 21.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹ rejetant une demande d'examen et d'annulation d'une décision du Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique qui a accueilli un appel à l'encontre de la nomination éventuelle de l'appelant à un poste de la Fonction publique. Pourvoi accueilli.

Maurice Wright, c.r., et Andrew J. Raven, pour l'appelant.

Walter L. Nisbet, c.r., pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour prononcée oralement par

LE JUGE MARTLAND—L'appel est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et la décision du Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique sont infirmés en tant qu'ils se rapportent à l'appelant et l'affaire est renvoyée au Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique pour nouvelle audition. Il est ordonné que l'appelant soit prévenu, par avis, de l'audition et qu'il ait l'occasion de se faire entendre.

L'appelant a droit aux dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens.

¹ [1979] 2 C.F. 57.

Solicitors for the appellant: Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady, Morin, Ottawa.

Procureurs de l'appellant: Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady, Morin, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Procureur de l'intimé: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Lawrence H. Mandel *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1980: February 21.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Taxation — Income tax — Capital cost allowance — Film bought for audited cost of production — Cost payment on the purchase price — Balance payable out of earnings — Real or contingent liability — Assessment limiting the capital cost for the purchasers to the cash payment — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, as amended prior to 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 11(1)(a) — Income Tax Regulations, 1100(1)(a).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹ affirming the judgment of Walsh J. of the Trial Division² dismissing the appellant's appeal from a re-assessment made by the Minister of National Revenue for the 1971 taxation year. Appeal dismissed.

D. K. Laidlaw, Q.C., and P. H. Harris, for the appellant.

Wilfrid Lefebvre and Charles MacNab, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

MARTLAND J.—The submissions made on behalf of the appellant have not persuaded us that there was any error in law in the result reached by the Federal Court of Appeal.

The appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Solicitor for the respondent: W. Lefebvre, Ottawa.

¹ [1979] 1 F.C. 560.

² [1977] 1 F.C. 673.

Lawrence H. Mandel *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1980: 21 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Allocation du coût en capital — Achat d'un film au coût de production vérifié — Acompte versé sur le prix d'achat — Solde payable sur les bénéficiaires — Passif éventuel ou réel — Cotisation limitant le coût en capital pour les acquéreurs à l'acompte versé — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, version modifiée antérieure à 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 11(1)a — Règlements de l'impôt sur le revenu, 1100(1)a.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹ confirmant le jugement du juge Walsh de la Division de première instance² rejetant l'avis d'opposition de l'appellant contre la nouvelle cotisation établie par le ministre du Revenu national pour l'année d'imposition 1971. Pourvoi rejeté.

D. K. Laidlaw, c.r., et P. H. Harris, pour l'appellant.

Wilfrid Lefebvre et Charles MacNab, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE MARTLAND—L'appellant ne nous a pas convaincus que la conclusion de la Cour d'appel fédérale contient une erreur de droit.

L'appel est rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appellant: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Procureur de l'intimée: W. Lefebvre, Ottawa.

¹ [1979] 1 C.F. 560.

² [1977] 1 C.F. 673.

Canadian Pacific Limited, Canadian National Railway, Dominion Atlantic Railway, Quebec Central Railway Company and Canadian Car Demurrage Bureau
Appellants;

and

Canadian Transport Commission and Canadian National Millers Association
Respondents.

1980: March 3.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Railways — Rates — Rates on flour moving — Demurrage charges included in the term rates in s. 272(2)(b) of the Railway Act — Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2, ss. 2, 271, 272, 274 — National Transportation Act, R.S.C. 1970, c. N-17, ss. 45, 64(2).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹ dismissing an appeal from an order² of the Railway Transport Committee of the Canadian Transport Commission. Appeal dismissed.

C. R. O. Munro, Q.C., and *T. J. Moloney*, for the appellants Canadian Pacific Limited, Dominion Atlantic Railway, Quebec Central Railway Company and Canadian Car Demurrage Bureau.

H. J. G. Pye, Q.C., for the appellant Canadian National Railway.

M. E. Rothstein, Q.C., and *J. E. Foran*, for the respondent Canadian National Millers Association.

Gilbert W. Nadeau, for the respondent Canadian Transport Commission.

THE COURT—We are all of the opinion that the disposition made of this appeal by the Federal Court of Appeal discloses no error.

¹ [1979] 2 F.C. 809.

² Order No. R-26686, May 16, 1978.

Canadien Pacifique Limitée, les Chemins de fer nationaux du Canada, Dominion Atlantic Railway, Quebec Central Railway Company et Canadian Car Demurrage Bureau
Appelants;

et

La Commission canadienne des transports et Canadian National Millers Association
Intimées.

1980: 3 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Chemins de fer — Tarifs — Tarifs pour le transport de la farine — Frais de surestaries inclus dans la définition des tarifs à l'al. 272(2)b de la Loi sur les chemins de fer — Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, chap. R-2, art. 2, 271, 272, 274 — Loi nationale sur les transports, S.R.C. 1970, chap. N-17, art. 45, 64(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹ rejetant un appel d'une ordonnance² du Comité des transports par chemin de fer de la Commission canadienne des transports. Pourvoi rejeté.

C. R. O. Munro, c.r., et *T. J. Moloney*, pour les appelants Canadien Pacifique Limitée, Dominion Atlantic Railway, Quebec Central Railway Company et Canadian Car Demurrage Bureau.

H. J. G. Pye, c.r., pour l'appelante Chemins de fer nationaux du Canada.

M. E. Rothstein, c.r., et *J. E. Foran*, pour l'intimée Canadian National Millers Association.

Gilbert W. Nadeau, pour l'intimée la Commission Canadienne des transports.

LA COUR—Nous sommes tous d'avis que l'arrêt de la Cour d'appel fédérale ne révèle aucune erreur.

¹ [1979] 2 C.F. 809.

² Ordonnance n° R-26686, 16 mai 1978.

The appeal is accordingly dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellants Canadian Pacific Limited, Dominion Atlantic Railway, Quebec Central Railway Company and Canadian Car Demurrage Bureau: C.R.O. Munro, Montreal.

Solicitor for the appellant Canadian National Railway: H. J. G. Pye, Montreal.

Solicitor for the respondent Canadian Transport Commission: Gilbert W. Nadeau, Hull.

Solicitors for the respondent Canadian National Millers Association: MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.

Le pourvoi est donc rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur des appelants Canadien Pacifique Limitée, Dominion Atlantic Railway, Québec Central Railway Company et Canadian Car Demurrage Bureau: C.R.O. Munro, Montréal.

Procureur de l'appelante Chemins de fer nationaux du Canada: H. J. G. Pye, Montréal.

Procureur de l'intimée la Commission canadienne des transports: Gilbert W. Nadeau, Hull.

Procureurs de l'intimée Canadian National Millers Association: MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.

Allwyn George McFall *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1978: December 5, 6; 1979: June 28.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey and Pratte JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Three persons convicted on charge of murder — Joint trial — Errors by trial judge with respect to use of extrajudicial statements of accused — Overwhelming evidence implicating appellant — Application of provisions of Criminal Code, s. 613(1)(b)(iii).

The appellant was one of three persons charged and convicted of the non-capital murder of David Perry in the City of Winnipeg after a trial by judge and jury and all of whom were thereupon sentenced to life imprisonment. The conviction was confirmed by a majority of the Manitoba Court of Appeal; O'Sullivan J.A. dissenting would have ordered new and separate trials. The appellant then appealed to this Court pursuant to s. 618(1)(a) of the *Criminal Code* on the basis of a dissent in the Court of Appeal on a question of law.

The certificate of the Court of Appeal set out 12 grounds of dissent, the first three of which were as follows: "1. The learned trial judge erred in inviting the jury to compare and contrast the confessions of the appellant with the confessions of his co-accused, to test the validity of the confessions of the appellant. 2. The learned trial judge erred in inviting the jury to consider the statements of the appellant's co-accused, which were inadmissible as against the appellant, in considering the credibility of the appellant. 3. The learned trial judge erred in permitting the appellant to be asked, during his cross-examination, to comment on the veracity of his co-accused in connection with their confessions and to comment on the veracity of other witnesses."

The majority reasons in the Court of Appeal came to the same conclusion as the dissent with respect to the first three grounds of dissent but applied s. 613(1)(b)(iii) of the *Code* and dismissed the appeal.

Held (Laskin C.J., Spence and Estey JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and Pratte JJ.: Having regard to the overwhelming evidence

Allwyn George McFall *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1978: 5 et 6 décembre; 1979: 28 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Trois personnes déclarées coupables d'un meurtre — Procès conjoint — Erreurs commises par le juge du procès relativement à l'utilisation de déclarations extra-judiciaires de l'accusé — Preuve écrasante de la participation de l'appellant — Application des dispositions du sous-al. 613(1)(b)(iii) du Code criminel.

L'appellant, avec deux autres hommes, a été accusé et déclaré coupable du meurtre non qualifié de David Perry dans la ville de Winnipeg après un procès devant juge et jury; ils ont tous été condamnés à l'emprisonnement à perpétuité. La Cour d'appel du Manitoba, à la majorité, a confirmé la déclaration de culpabilité; le juge O'Sullivan, dissident, aurait ordonné de nouveaux procès séparés. L'appellant a interjeté appel devant cette Cour en vertu de l'al. 618(1)a) du *Code criminel* en se fondant sur une dissidence sur une question de droit en Cour d'appel.

Le certificat de la Cour d'appel expose les 12 motifs de dissidence. Voici les trois premiers: «1. Le savant juge du procès a commis une erreur en invitant le jury à comparer et à mettre en opposition les aveux de l'appellant et ceux de ses coaccusés, pour vérifier la validité des aveux de l'appellant. 2. Le savant juge du procès a commis une erreur en invitant le jury à examiner, pour évaluer la crédibilité de l'appellant, les déclarations de ses coaccusés qui n'étaient pas recevables en preuve contre lui. 3. Le savant juge du procès a commis une erreur en permettant que l'on demande à l'appellant, en contre-interrogatoire, de faire des commentaires quant à la véracité des aveux de ses coaccusés et quant à la véracité des dépositions d'autres témoins.»

La majorité de la Cour d'appel est arrivée à la même conclusion que le juge dissident quant aux trois premiers motifs de dissidence, mais a appliqué le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code* et a rejeté l'appel.

Arrêt (le juge en chef Laskin et les juges Spence et Estey étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et Pratte: Vu la preuve écrasante de la participation de

implicating the appellant in the murder of which he was convicted, the Court of Appeal was satisfied that this was a case in which, in spite of the errors of the trial judge referred to in the judgments below, there was no "substantial wrong or miscarriage of justice" and the provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Code* were properly applicable. There was no error in law in the majority judgment of the Court of Appeal.

Per Laskin C.J. and Spence and Estey JJ., *dissenting*: The use of the confessions by the co-accused against the appellant was a fundamental violation of the rule against the admission of hearsay evidence and a gross exception to or expansion of the exception from the general prohibition which is unrecognized in the law. (*Schmidt v. R.*, [1945] S.C.R. 438.)

The jury was not protected against misuse of the extrajudicial statements by proper instructions, but conversely was invited to analyse each statement in the light of the contents of the other two statements as though each were evidence against the appellant. In this appeal, it was evident from hindsight that the problem of misuse of confessions would have been avoided by separate trials. But the exposure of the question to hindsight was not the answer. There was nothing to indicate any error on the part of the trial judge in the exercise of his discretion on the question of separate or joint trials. The problem began with the improper use of the statements of the co-accused in the cross-examination of the appellant, continued in improper addresses to the jury, and culminated in instructions to the jury by the trial judge concerning the comparison of the various statements made by the co-accused.

A serious and fundamental error of law was committed, and one could not be certain that in the absence of this repeated error a jury properly instructed would necessarily have reached the same conclusion with reference to the appellant. Therefore, in these circumstances, and on the basis of past decisions of this Court on the question of the proper application of the curative powers granted under s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* (or its predecessor), that subsection could not be invoked and the conviction therefore should not stand. Dissent on the issue of the application of s. 613(1)(b)(iii) in an appellate court is dissent on a question of law which can therefore be reviewed by this Court. [*Bruton v. U.S.* (1968), 391 U.S. 123; *Brooks v. The King*, [1927] S.C.R. 633; *Stein v. The King*, [1928] S.C.R. 553; *Lizotte v. The King*, [1951] S.C.R. 115; *Brown v. The Queen*, [1962] S.C.R. 371; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *The King v. Décary*, [1942] S.C.R.

l'appelant au meurtre dont il a été reconnu coupable, la Cour d'appel était persuadée, malgré les erreurs du juge du procès relevées dans les motifs de jugement qu'elle a exprimés, qu'il ne s'était produit «aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave» et que les dispositions du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code* devaient s'appliquer. Il n'y a eu aucune erreur de droit dans les motifs de l'arrêt de la majorité de la Cour d'appel.

Le juge en chef Laskin et les juges Spence et Estey, *dissidents*: L'utilisation des aveux des coaccusés contre l'appelant constituait une violation fondamentale de la règle contre la réception de la preuve par ouï-dire et une exception inacceptable ou un élargissement de l'exception à l'interdiction générale, exception que le droit ne reconnaît pas. (*Schmidt c. R.*, [1945] R.C.S. 438.)

Le jury n'a pas été mis en garde, par des directives appropriées, contre la mauvaise utilisation de ces déclarations extrajudiciaires; au contraire, on l'a invité à analyser chaque déclaration à la lumière du contenu des deux autres déclarations comme si chacune d'elles constituait une preuve contre l'appelant. Dans la présente affaire, il est manifeste, avec le recul, qu'on aurait pu éviter la difficulté de la mauvaise utilisation des aveux par la tenue de procès séparés. Cependant, le recul du temps ne constitue pas une réponse. Le dossier n'indique aucune erreur de la part du juge du procès dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire sur la question des procès séparés ou du procès conjoint. Le problème a pris naissance avec l'utilisation irrégulière des déclarations des coaccusés au cours du contre-interrogatoire de l'appelant, il s'est poursuivi dans le réquisitoire et les plaidoyers et il a atteint son point culminant dans les directives du juge au jury sur la comparaison des différentes déclarations des coaccusés.

Une erreur de droit grave et fondamentale a été commise et on ne peut être sûr que, sans cette erreur répétée, un jury ayant reçu des directives appropriées serait nécessairement arrivé à la même conclusion en ce qui regarde l'appelant. En conséquence, compte tenu de ces circonstances, et à partir de décisions antérieures rendues par cette Cour sur la question de la bonne application des pouvoirs réparateurs accordés par le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* (ou une disposition antérieure au même effet), ce sous-alinéa ne peut être invoqué et la déclaration de culpabilité ne peut être maintenue. Une dissidence sur la question de l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) devant une cour d'appel équivaut à une dissidence sur une question de droit; elle peut donc être examinée par cette Cour. [Jurisprudence: *Bruton v. U.S.* (1968), 391 U.S. 123; *Brooks c. Le Roi*, [1927] R.C.S. 633; *Stein c. Le Roi*, [1928] R.C.S. 553; *Lizotte c. Le Roi*, [1951] R.C.S. 115; *Brown c. La*

80; *Rozon v. The King*, [1951] S.C.R. 248; *Pearson v. The Queen*, [1959] S.C.R. 369; *Dunlop and Sylvester v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 881, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba¹, dismissing, by a majority, appeals by the appellant and two others from their conviction of non-capital murder. Appeal dismissed, Laskin C.J., Spence and Estey JJ. dissenting.

D'Arcy McCaffrey, Q.C., for the appellant.

J. G. Dangerfield, for the respondent.

The reasons of Laskin C.J. and Spence and Estey JJ. were delivered by

ESTEY J. (*dissenting*)—The appellant was one of three persons charged and convicted of the non-capital murder of David Perry in the City of Winnipeg after a trial by judge and jury and all of whom were thereupon sentenced to life imprisonment. The conviction was confirmed on appeal by a majority of the Manitoba Court of Appeal (reasons given by Freedman C.J.M., concurred in by Guy, Monnin and Matas J.J.A.; O'Sullivan J.A. dissenting would have ordered new and separate trials). The other two persons charged and convicted who have not appealed the judgment of the Court of Appeal were Kizyma and Puffer. The appellant McFall now appeals to this Court pursuant to s. 618(1)(a) on the basis of a dissent in the Court of Appeal on a question of law.

The certificate of the Court of Appeal sets out the grounds of dissent:

1. The learned trial judge erred in inviting the jury to compare and contrast the confessions of the appellant with the confessions of his co-accused, to test the validity of the confessions of the appellant.
2. The learned trial judge erred in inviting the jury to consider the statements of the appellant's co-accused, which were inadmissible as against

Reine, [1962] R.C.S. 371; *Colpitts c. La Reine*, [1965] R.C.S. 739; *Le Roi c. Décary*, [1942] R.C.S. 80; *Rozon c. Le Roi*, [1951] R.C.S. 248; *Pearson c. La Reine*, [1959] R.C.S. 369; *Dunlop et Sylvester c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba¹ qui a rejeté à la majorité les appels interjetés par l'appellant et deux autres hommes de leur déclaration de culpabilité pour meurtre non qualifié. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et les juges Spence et Estey étant dissidents.

D'Arcy McCaffrey, c.r., pour l'appellant.

J. G. Dangerfield, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Laskin et des juges Spence et Estey rendus par

LE JUGE ESTEY (*dissident*)—L'appellant, avec deux autres hommes, a été accusé et déclaré coupable du meurtre non qualifié de David Perry dans la ville de Winnipeg après un procès devant juge et jury; ils ont tous été condamnés à l'emprisonnement à perpétuité. La Cour d'appel du Manitoba, à la majorité, a confirmé la déclaration de culpabilité. (Motifs de jugement rédigés par le juge en chef Freedman, auxquels ont souscrit les juges Guy, Monnin et Matas; le juge O'Sullivan, dissident, aurait ordonné de nouveaux procès séparés). Les deux autres hommes qui ont été accusés et déclarés coupables, Kizyma et Puffer, n'ont pas appelé de l'arrêt de la Cour d'appel. L'appellant McFall se pourvoit devant cette Cour en vertu de l'al. 618(1)a en se fondant sur une dissidence sur une question de droit en Cour d'appel.

Le certificat de la Cour d'appel expose les motifs de dissidence:

- [TRADUCTION] 1. Le savant juge du procès a commis une erreur en invitant le jury à comparer et à mettre en opposition les aveux de l'appellant et ceux de ses coaccusés, pour vérifier la validité des aveux de l'appellant.
2. Le savant juge du procès a commis une erreur en invitant le jury à examiner, pour évaluer la crédibilité de l'appellant, les déclarations

¹ [1976] 6 W.W.R. 239, 31 C.C.C. (2d) 81.

¹ [1976] 6 W.W.R. 239, 31 C.C.C. (2d) 81.

the appellant, in considering the credibility of the appellant.

3. The learned trial judge erred in permitting the appellant to be asked, during his cross-examination, to comment on the veracity of his co-accused in connection with their confessions and to comment on the veracity of other witnesses.

4. The learned trial judge erred in failing to instruct the jury that, where two or more persons conspire together to commit robbery and to use violence in the course of the robbery, and death results from the use of violence by one or more of the co-conspirator(s), a conspirator is guilty of murder only if the bodily harm that resulted in death was of a type that was within the scope of the common enterprise.

5. The learned trial judge erred in refusing a motion for the severance of the trials.

6. The learned trial judge erred in failing to rule inadmissible the extra-judicial statement made by the accused, McFall.

7. The learned trial Judge erred in excluding from the jury the theory of the defence of the appellant, that the deceased was a homosexual and that the deceased had invited one of the co-accused to his room to engage in homosexual activity, for which the co-accused was to be paid.

8. The learned trial Judge erred in failing to instruct the jury properly on the meaning of the word "steal" in the criminal law.

9. The learned trial Judge erred in failing to instruct the jury properly on the meaning of the word "wilfully."

10. The learned trial Judge erred in admitting evidence of appellant's previous bad character in the form of a conversation relating to appellant's previous dealings with homosexuals.

11. The learned trial judge erred in failing to instruct the jury that they could believe the

de ses coaccusés qui n'étaient pas recevables en preuve contre lui.

3. Le savant juge du procès a commis une erreur en permettant que l'on demande à l'appellant, en contre-interrogatoire, de faire des commentaires quant à la véracité des aveux de ses coaccusés et quant à la véracité des dépositions d'autres témoins.

4. Le savant juge du procès a commis une erreur en omettant de dire au jury dans ses directives que si deux ou plusieurs personnes complotent en vue de commettre un vol qualifié et d'avoir recours à la violence pendant la perpétration du vol et s'il y a mort d'homme par suite de l'emploi de la violence par une ou plusieurs des parties au complot, la personne qui a comploté est coupable de meurtre seulement si les lésions corporelles qui ont entraîné la mort étaient d'un genre qui était prévisible en fonction du projet commun.

5. Le savant juge du procès a commis une erreur en rejetant une requête qui demandait la tenue de procès séparés.

6. Le savant juge du procès a commis une erreur en recevant en preuve la déclaration extrajudiciaire de l'accusé McFall.

7. Le savant juge du procès a commis une erreur en refusant que soit exposée au jury la théorie de la défense de l'appellant que la victime était un homosexuel qui avait invité à sa chambre un des coaccusés pour se livrer avec lui à des actes d'homosexualité, moyennant rémunération.

8. Le savant juge du procès a commis une erreur en omettant d'instruire correctement le jury sur le sens du mot «voler» en droit criminel.

9. Le savant juge du procès a commis une erreur en omettant d'instruire correctement le jury sur le sens du mot «volontairement».

10. Le savant juge du procès a commis une erreur en permettant que soit produite une preuve de la mauvaise réputation de l'appellant, savoir une conversation ayant trait aux rapports antérieurs de l'appellant avec des homosexuels.

11. Le savant juge du procès a commis une erreur en omettant de donner au jury la direc-

accused guilty of some crime other than murder or manslaughter, such as aggravated assault.

12. The Section 613(1)(b)(iii) of the Criminal Code should not be applied in order to dismiss the appeal.

The majority reasons in the Court of Appeal came to the same conclusion as the dissent with respect to the first three grounds of dissent but applied s. 613(1)(b)(iii) and dismissed the appeal. The Chief Justice expressed his views on these errors in this way:

Growing out of the contention just considered is a submission that there was error in the course of the trial in Crown counsel using the statements of Puffer and Kizyma in the cross-examination of McFall. I agree that there was error. If Puffer's statement is not admissible against McFall he should not be confronted with it on cross-examination. So too with Kizyma's statement. To me this looks too much like getting in the back door what one can't get in through the front door. But what was the effect of the error? As I read the evidence no prejudice to the accused resulted from the course taken. Indeed it enabled McFall to whittle down, or at least to try to whittle down, some of the damaging assertions contained not only in his statement but in those of the others.

There is also a contention that Crown counsel erred in inviting the jury to make a comparison between the statement of the three accused—thus asking them to compare admissible evidence with inadmissible evidence. I agree that the course taken was wrong. But the learned trial Judge in his charge to the jury made it plain that (1) the addresses of counsel were not evidence and were not to be treated as such; (2) the jury were to take their law from him alone; (3) the case of each accused was to be considered and judged separately from the others; and (4) the statement to the police of each accused was not evidence against the other two

tive qu'il pouvait trouver l'accusé coupable de quelque crime autre que le meurtre ou l'homicide involontaire coupable, par exemple celui d'avoir causé des lésions corporelles.

12. Le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne devrait pas être appliqué pour faire rejeter l'appel.

La majorité de la Cour d'appel est arrivée à la même conclusion que le juge dissident quant aux trois premiers motifs de dissidence, mais a appliqué le sous-al. 613(1)(b)(iii) et a rejeté l'appel. Le Juge en chef a exprimé son opinion sur ces erreurs de la façon suivante:

[TRADUCTION] De l'argument que nous venons d'examiner ressort la proposition qu'il y a eu une erreur au cours du procès dans l'utilisation par le substitut du procureur général des déclarations de Puffer et de Kizyma pour contre-interroger McFall. Je suis d'accord que cela constituait une erreur. Si la déclaration de Puffer n'est pas recevable contre McFall, on n'aurait pas dû le confronter avec cette déclaration en contre-interrogatoire. Il en est de même pour la déclaration de Kizyma. A mon avis, c'est là faire indirectement ce que l'on n'a pas le droit de faire directement. Mais quel a été l'effet de cette erreur? Suivant mon interprétation de la preuve, cette façon de procéder n'a causé aucun préjudice à l'accusé. En vérité, elle a permis à McFall de mitiger, ou du moins de tenter de mitiger quelques-unes des affirmations préjudiciables contenues non seulement dans sa déclaration mais aussi dans celle des autres.

On a aussi prétendu que le substitut du procureur général a commis une erreur en invitant le jury à comparer la déclaration des trois accusés, ce qui équivaut à lui demander de comparer une preuve recevable avec une preuve irrecevable. Je suis d'avis que cette façon de procéder était fautive. Cependant le savant juge du procès dans son exposé au jury a bien expliqué que (1) le réquisitoire et les plaidoyers des avocats ne constituaient pas une preuve et ne devaient pas être considérés comme telle; (2) le jury devait se fier exclusivement à l'exposé du droit que lui faisait le juge; (3) la preuve contre chaque accusé devait être étudiée et appréciée séparément; et

accused and was not to be treated as such. That in my view would very much lessen, if indeed it did not entirely eliminate, the possible damaging effect of Crown counsel's suggestion.

That there were errors in the trial—some above referred to, others more minor in character—I do not deny. A perfect record rarely emerges in a criminal trial. But the learned trial Judge's handling of the trial was scrupulously fair. Such error as crept in did not, in my view, result in any "substantial wrong or miscarriage of justice". Applying the provisions of Sec. 613(1)(b)(iii) I would dismiss the appeal.

O'Sullivan J.A., discussing the three individual extra-judicial statements by the co-accused which were introduced in evidence by the Crown, stated:

These confessions, while partly implicating their authors, all offered explanations which if accepted by a jury might reduce the author's participation to something less than murder. Each confession sought to throw a large share of the blame on the other accused.

... Crown counsel adopted at the trial a course of action which, although on reflection it was extraordinary, was acquiesced in by the presiding judge and by counsel for each of the accused. Crown counsel took the three confessions and he compared and contrasted them. He did so through a cross-examination of the accused McFall who took the witness stand after his confession had been ruled voluntary. He did so in the course of a detailed speech to the jury. He invited the jury to look at each statement side by side with the other confessions and to infer from them—from their similarities and from their differences—and from their consist-

(4) la déclaration de chaque accusé aux policiers ne constituait pas une preuve contre les deux autres accusés et ne devait pas être considérée comme telle. Ces directives, à mon avis, avaient pour effet de diminuer considérablement sinon d'éliminer complètement le préjudice qu'aurait pu entraîner la suggestion du substitut de procureur général.

Je ne conteste pas qu'il y ait eu des erreurs au cours du procès, certaines dont nous avons parlé, d'autres de nature moins grave. Il est rare que le dossier d'un procès criminel soit impeccable. Cependant, le savant juge a mené le procès d'une manière rigoureusement équitable. Les erreurs qui ont pu se glisser au cours du procès n'ont, à mon avis, entraîné «aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave». Appliquant les dispositions du sous-al. 613(1)(b)(iii), je suis d'avis de rejeter l'appel.

Analysant les déclarations extrajudiciaires de chacun des trois coaccusés, introduites en preuve par le ministère public, le juge O'Sullivan a dit:

[TRADUCTION] Ces aveux, bien qu'ils aient en partie incriminé leur auteur, proposaient tous des explications qui, si elles étaient acceptées par le jury, auraient pu réduire la participation de leur auteur à une infraction moins grave que le meurtre. Chaque aveu cherchait à rejeter une grande partie du blâme sur les autres accusés.

... Le substitut du procureur général a adopté au procès une façon de procéder qui, bien qu'elle puisse, à la réflexion, paraître extraordinaire, a été admise et par le juge et par l'avocat de chacun des accusés. Le substitut du procureur général a comparé et mis en opposition les trois aveux. Il l'a fait au moyen d'un contre-interrogatoire de l'accusé McFall qui a témoigné après que son aveu eut été jugé volontaire. Il l'a fait au moment de son réquisitoire au jury. Il a invité le jury à étudier chaque déclaration en regard des autres déclarations et, à partir de leurs ressemblances et différences, ainsi que de leur compatibilité ou incompatibilité avec les

ency or inconsistency with the physical facts—to infer from them what happened on the night in question.

In my opinion, it was a serious error for Crown counsel to invite the jury thus to compare and contrast the confessions.

Having come to the conclusion that there were a number of serious errors in the course of the trial, I am satisfied that the verdict is not one that twelve persons properly instructed would necessarily have come to.

It is apparent that these extrajudicial statements made by the three accused were the subject of extensive use in cross-examination of the accused, were mentioned in addresses to the jury by both counsel for the co-accused and the Crown, and by the Court in charging the jury. In all these instances, these three statements were compared and cross-checked so that the statements of the co-accused were repeatedly presented as though admissible against the appellant for any and all purposes in the same manner as his own statement. The impact on the jury was heightened by the fact that the appellant alone of the three accused entered the witness box and as will be seen from the excerpts quoted below, counsel for the co-accused Kizyma and Crown counsel put to the appellant the statements of the two co-accused and challenged the appellant for explanation of differences between the three statements. The following are excerpts from the cross-examination of the appellant by counsel for one of the co-accused:

Q. When you entered the room with Mr. Puffer, didn't you say 'We're with the R.C.M.P. Special Police.'?

A. No, Sir.

Q. Mr. Kizyma said you said that.

A. I never said it.

Q. Mr. Kizyma said you said, 'We heard that you brought some heroin to Winnipeg.'?

A. I never said that.

faits matériels, d'en déduire ce qui s'était passé la nuit en question.

A mon avis, le substitut du procureur général a commis une erreur grave en invitant ainsi le jury à comparer et à mettre en opposition les aveux.

Ayant conclu à l'existence de plusieurs erreurs graves au cours du procès, je suis d'avis que douze personnes ayant reçu des directives appropriées sur le droit ne seraient pas nécessairement arrivées au même verdict.

Il est manifeste que ces déclarations extrajudiciaires des trois accusés ont servi très largement au contre-interrogatoire de l'accusé, ont été mentionnées et dans le réquisitoire du substitut du procureur général et dans les plaidoyers des procureurs des coaccusés et dans l'exposé du juge au jury. Chaque fois, ces trois déclarations ont été comparées et vérifiées par recoupement de manière que les déclarations des coaccusés ont été à plusieurs reprises présentées comme si elles étaient recevables contre l'appelant aux mêmes fins et de la même façon que sa propre déclaration. L'influence de cette façon de procéder sur le jury a été rehaussée du fait que l'appelant a été le seul des trois coaccusés à témoigner et, comme nous le verrons par les extraits cités plus loin, l'avocat du coaccusé Kizyma et le substitut du procureur général ont présenté à l'appelant les déclarations des deux coaccusés et l'ont mis en demeure d'expliquer les différences entre les trois déclarations. Ce qui suit est extrait du contre-interrogatoire de l'appelant par l'avocat d'un des coaccusés:

[TRADUCTION] Q. Lorsque vous êtes entré dans la chambre avec M. Puffer n'avez-vous pas dit: «Nous sommes de la police spéciale de la G.R.C.»?

R. Non, monsieur.

Q. M. Kizyma déclare que vous avez dit cela.

R. Je n'ai jamais dit ça.

Q. M. Kizyma a déclaré que vous avez dit: «Nous avons entendu dire que vous avez apporté de l'héroïne à Winnipeg.»

R. Je n'ai jamais dit cela.

Q. David said 'no'.

A. I never heard.

Q. So Mr. Kizyma is lying again?

A. Uh-huh.

Q. Then Mr. Kizyma said you slapped him and told him he did.

A. I never touched him.

Q. Mr. Kizyma is lying again?

A. (no reply.)

THE COURT: The witness is not answering your question.

MR. SCHWARTZWALD: I think he had.

THE COURT: I don't think he did. You are reading statements that are intended to be questions and not getting an answer.

Q. So Mr. Kizyma is lying when he said you slapped Mr. Perry and told him that he did bring drugs to Winnipeg?

A. I suppose so he's lying.

Q. In Mr. Kizyma's statement he says he put the pillow on Mr. Perry?

A. Yes.

Q. He's not lying there, is he?

A. No.

The following is an excerpt from the cross-examination of the appellant by the Crown Attorney:

Q. I want to refer you to Mr. Puffer's statement. As a matter of fact I am suggesting to you what Mr. Puffer said is accurate, "I went to Allwyn and said, 'There's no money.' " Do you remember Mr. Puffer saying that?

A. No, sir.

Q. "By this time they—Mark and Allwyn were wrestling David on the floor." Wasn't that the truth?

A. No, sir.

Q. So you say that part of Mr. Puffer's statement is not true?

A. Yes, sir.

Q. "Mark and Allwyn were wrestling David on the floor.", is not true?

A. No, sir.

Q. All right, let us go back to the statement again. "While I was doing this Kerry went through his suits in the closet looking for money." Isn't that right?

A. No, sir.

Q. David a dit «Non».

R. Je ne l'ai jamais entendu.

Q. Alors, M. Kizyma mentait encore?

R. Uh-huh.

Q. Alors M. Kizyma a déclaré que vous l'aviez giflé et que vous lui aviez dit qu'il l'avait fait.

R. Je ne l'ai jamais touché.

Q. M. Kizyma mentait encore?

R. (Pas de réponse.)

LA COUR: Le témoin ne répond pas à votre question.

M^e SCHWARTZWALD: Je crois qu'il a répondu.

LA COUR: Je ne crois pas qu'il ait répondu. Vous lisez des déclarations sous forme de questions et vous n'avez pas de réponse.

Q. Alors, M. Kizyma mentait lorsqu'il a déclaré que vous aviez giflé M. Perry et que vous lui aviez dit qu'il avait apporté des stupéfiants à Winnipeg?

R. Je suppose qu'il mentait.

Q. Dans sa déclaration M. Kizyma dit qu'il a mis l'oreiller sur M. Perry?

R. Oui.

Q. Il ne mentait pas à ce moment-là, n'est-ce pas?

R. Non.

Ce qui suit est extrait du contre-interrogatoire de l'appellant par le substitut du procureur général:

[TRADUCTION] Q. Je vous réfère à la déclaration de M. Puffer. Je vous suggère que ce que M. Puffer a déclaré est exact: «Je suis allé vers Allwyn et j'ai dit «il n'y a pas d'argent.» Vous souvenez-vous que M. Puffer ait dit cela?

R. Non, monsieur.

Q. «A ce moment-là, Mark et Allwyn retenaient David au sol». Est-ce vrai?

R. Non, monsieur.

Q. Alors vous affirmez qu'une partie de la déclaration de M. Puffer n'est pas vraie?

R. Oui, monsieur.

Q. "Mark et Allwyn retenaient David au sol"; ce n'est pas vrai?

R. Non, monsieur.

Q. Très bien, revenons à la déclaration. «Pendant que je faisais cela Kerry fouillait ses complets dans la garde-robe pour trouver de l'argent». Est-ce vrai?

R. Non, monsieur.

Q. It's not right?

A. No, sir.

Q. Mr. Kizyma in his statement, Exhibit 67, said, "Meanwhile Allwyn was saying 'We're R.C.M.P. Special Police.'" You were telling him you were the R.C.M.P. Heroin Squad and he went on to say about you slapping.

A. No sir, he did not do that.

Q. Then further on in Kizyma's statement, "Then he went to get up and I pushed him over the bed, and he landed on the floor on the other side." Is that statement true?

A. That I pushed him?

Q. Kizyma said he pushed him.

A. Yes, that was when we entered the room.

Q. "Then he went to get up and I" referring to Mr. Kizyma, "pushed him over the bed, and he landed on the floor on the other side."; is that true?

A. I don't know where he landed.

Q. He pushed him over the bed?

A. He pushed him, yes.

Q. You told us that already.

A. Yes.

Q. The next sentence in Kizyma's statement, "Then Tom," Mr. Puffer, "came back into the room and I" which means Kizyma, "went looking for money. I opened the closet door to see if there was any money inside there but I did not touch none of his suits or his clothing."; isn't that the truth?

A. It might be.

Q. When you say in your statement, again coming back so we know where we are standing right after the phone was put back on the hook, "While I was doing this Kerry went through his suits in the closet looking for money." That's the truth, isn't it?

A. No.

Q. You said Kizyma's statement might be true but yours is wrong?

A. If he said he done it, then he done it.

Q. False. In Kizyma's letter, Exhibit 68, the one he wrote to his parents says, "And I said I couldn't find any money. And the guy said he left his wallet in the vault downstairs in the hotel front

Q. Ce n'est pas vrai?

R. Non, monsieur.

Q. Dans sa déclaration, pièce 67, M. Kizyma a dit «Pendant ce temps-là, Allwyn disait: «Nous sommes de la police spéciale de la G.R.C.» Vous lui disiez que vous faisiez partie de l'escouade de l'héroïne de la G.R.C. et il a poursuivi en racontant que vous donniez des gifles.

R. Non, monsieur, il n'a pas fait ça.

Q. Plus loin dans la déclaration de Kizyma, on lit: «Alors il a tenté de se lever et je l'ai poussé sur le lit et il est tombé sur le sol de l'autre côté.», est-ce que cette déclaration est vraie?

R. Que je l'ai poussé?

Q. Kizyma dit qu'il l'a poussé.

R. Oui, c'est lorsque nous sommes entrés dans la chambre.

Q. «Alors il a tenté de se lever et je» c'est-à-dire M. Kizyma, «... je l'ai poussé sur le lit et il est tombé sur le sol de l'autre côté». Est-ce vrai?

R. Je ne sais pas où il est tombé.

Q. Il l'a poussé sur le lit?

R. Il l'a poussé, oui.

Q. Vous nous avez déjà dit cela.

R. Oui.

Q. La phrase suivante dans la déclaration de Kizyma: «Alors, Tom», M. Puffer, «est revenu dans la chambre et je» c'est-à-dire Kizyma, «... j'ai commencé à chercher de l'argent. J'ai ouvert la porte de la garde-robe pour voir s'il y avait de l'argent mais je n'ai touché à aucun de ses complets ou vêtements.»; est-ce que c'est la vérité?

R. Cela pourrait être vrai.

Q. Lorsque vous dites dans votre déclaration, et pour nous situer c'est tout de suite après que le récepteur du téléphone a été raccroché: «Pendant que je faisais cela Kerry fouillait ses complets dans la garde-robe pour trouver de l'argent.» C'est la vérité n'est-ce pas?

R. Non.

Q. Vous dites que la déclaration de Kizyma est peut-être vraie, mais que la vôtre ne l'est pas?

R. S'il a dit qu'il l'a fait, alors il l'a fait.

Q. Faux. Dans la lettre de Kizyma, pièce 68, celle qu'il a écrite à ses parents, il dit: «Et j'ai dit que je n'ai pas pu trouver d'argent. Et le type a dit qu'il avait laissé son portefeuille dans le coffre-fort à la

desk." What do you have to say about that? Is that true?

A. I don't know if it is true or not.

THE COURT: What exhibit was that?

MR. NOZICK: I referred to the letter, Exhibit 68, the one written by Mr. Kizyma to his parents.

BY MR. NOZICK:

Q. You say virtually the same thing in your statement, don't you?

A. Yes.

Q. You cannot say whether it was true or not?

A. He read my statement too.

Q. That is in your statement you gave to the police, didn't you?

A. Yes.

Q. Referring you to Mr. Puffer's statement, Exhibit 50, and I will read it in context, "Allwyn and Mark were talking to David. I went to Allwyn and said there's no money . . ."; do you recall that?

A. I recall his coming to me and saying that.

Q. "By this time they — Mark and Allwyn were wrestling David on the floor. Allwyn told me to tie his feet and gave me a belt. I remember tying his feet. Then one of them said 'Let's go.'" is that right?

A. Yes.

Q. You are the one, I suggest to you, that handed the belt to Mr. Puffer and told Mr. Puffer to tie his feet?

A. No, sir.

Q. So that part of Mr. Puffer's statement is not true?

A. If I told Mr. Puffer to jump in the fire, would he jump in the fire?

Q. I don't know. He's your friend.

A. I don't think he would.

THE COURT: There were several comments put to the witness in that statement, Mr. Nozick more important than would he do this or that. I think the witness should be given a more specific opportunity to refer to your part of the question taken from Puffer's statement that suggested that Allwyn gave him the belt and told him to tie his feet.

MR. NOZICK: To be more specific I tried not to take the statement out of context.

réception de l'hôtel.» Qu'avez-vous à dire à ce sujet? Est-ce vrai?

R. Je ne sais pas si c'est vrai ou pas.

LA COUR: De quelle pièce s'agit-il?

M^e NOZICK: Je me réfèrais à la lettre, pièce 68, celle que M. Kizyma a écrite à ses parents.

PAR M^e NOZICK:

Q. Vous avez dit essentiellement la même chose dans votre déclaration n'est-ce pas?

R. Oui.

Q. Vous ne pouvez dire si c'est vrai ou non?

R. Il a lu ma déclaration aussi.

Q. C'est dans la déclaration que vous avez faite à la police n'est-ce pas?

R. Oui.

Q. Je vous réfère à la déclaration de M. Puffer, pièce 50, et je vais vous la lire dans le contexte: «Allwyn et Mark parlaient à David. Je suis allé vers Allwyn et j'ai dit il n'y a pas d'argent . . .»; vous souvenez-vous de cela?

R. Je me souviens qu'il est venu vers moi et qu'il a dit cela.

Q. «A ce moment-là ils—Mark et Allwyn retenaient David au sol. Allwyn m'a dit de lui attacher les pieds et il m'a donné une ceinture. Je me souviens de lui avoir attaché les pieds. Alors l'un d'entre eux a dit «partons!» Est-ce exact?

R. Oui.

Q. C'est vous qui avez remis la ceinture à M. Puffer et qui avez dit à M. Puffer de lui attacher les pieds?

R. Non, monsieur.

Q. Alors cette partie de la déclaration de M. Puffer n'est pas vraie?

R. Si je disais à M. Puffer de sauter dans le feu, est-ce qu'il le ferait?

Q. Je ne sais pas. C'est votre ami.

R. Je ne pense pas qu'il le ferait.

LA COUR: M^e Nozick, il y a plusieurs commentaires dans cette déclaration qui sont plus importants que celui de savoir s'il ferait ceci ou cela. Je pense que le témoin devrait avoir la possibilité de répondre de façon précise à cette partie de la question que vous posez à partir de la déclaration de Puffer suivant laquelle Allwyn lui a donné la ceinture et lui a dit de lui attacher les pieds.

M^e NOZICK: C'est pour être plus précis que j'ai tenté de ne pas sortir la déclaration de son contexte.

BY MR. NOZICK:

Q. I am taking a statement and suggesting it is true from Mr. Puffer's statement, "Allwyn told me to tie his feet and gave me a belt—I remember tying his feet."; what do you have to say about that statement?

A. It's not true.

Q. Then going back to your statement, which you deny, "Jason was tying his feet with his belt and Kerry was hitting him in the face and he tied his hands with something behind his back."; what do you have to say about that statement?

A. I never told him to tie his hands behind his back. I asked the police how was his hands tied and they told me.

Q. I am suggesting to you, Mr. McFall, you were the one that was really quarterbacking this whole scene. You were the one that was telling everybody else what to do?

A. No, sir.

Q. I am going to read you part of Mr. Kizyma's statement, Exhibit 67, and I want you to tell me whether you agree or disagree with what Mr. Kizyma told the police in this statement, Exhibit 67. Remember I read you the part, "I opened the closet door to see if there was any money inside there but I didn't touch none of his suits or his clothing." Do you remember when I asked you that before?

A. Yes.

Q. You told me that might be true, was that your answer?

A. Yes.

Q. Then it goes on in the next sentence, "When I came back into the room Tom had David against the wall and Tom threw him on the ground and punched him."; do you remember that?

A. No, sir.

Q. He went on, "He went on the ground then Allwyn was holding him down . . ."; do you remember that?

A. No, sir.

Q. "And he" referring to you, "told me to grab his arms, then Allwyn passed Tom the belt and Allwyn said 'Tie his feet.'"; do you remember that?

A. No, sir.

PAR M^e NOZICK:

Q. Je me réfère à la déclaration de M. Puffer et je suggère qu'il dit la vérité lorsqu'il déclare: «Allwyn m'a dit de lui attacher les pieds et il m'a donné une ceinture. Je me souviens de lui avoir attaché les pieds.»; qu'avez-vous à dire à ce sujet?

R. Ce n'est pas vrai.

Q. Revenons à votre déclaration, que vous niez: «Jason était en train de lui attacher les pieds avec sa ceinture et Kerry le frappait à la figure et il lui a attaché les mains derrière le dos avec quelque chose.»; qu'avez-vous à dire au sujet de cette déclaration?

R. Je ne lui ai jamais dit de lui attacher les mains derrière le dos. J'ai demandé à la police comment ses mains étaient attachées et ils me l'ont dit.

Q. Je vous suggère, M. McFall, que c'est vous qui pilotiez toute cette affaire. C'est vous qui disiez à chacun quoi faire?

R. Non, monsieur.

Q. Je vais vous lire une partie de la déclaration de M. Kizyma, pièce 67, et je veux que vous me disiez si vous êtes d'accord ou non avec ce que M. Kizyma a raconté à la police dans cette déclaration, pièce 67. Vous vous souvenez, je vous ai lu la partie: «J'ai ouvert la porte de la garde-robe pour voir s'il y avait de l'argent mais je n'ai touché à aucun de ses complets ou vêtements.» Vous souvenez-vous lorsque je vous ai posé cette question auparavant?

R. Oui.

Q. Vous m'avez dit que cela pouvait être vrai, est-ce que c'était votre réponse?

R. Oui.

Q. La phrase suivante est: «Lorsque je suis revenu dans la chambre Tom tenait David contre le mur et Tom l'a projeté par terre et lui a donné des coups.»; vous souvenez-vous de cela?

R. Non, monsieur.

Q. Il poursuit: «Il est tombé par terre et Allwyn le retenait . . .»; vous souvenez-vous de cela?

R. Non, monsieur.

Q. «Et il» c'est-à-dire vous, « . . . il m'a dit de lui saisir les bras, et alors Allwyn a remis la ceinture à Tom et Allwyn a dit «attache-lui les pieds»»; vous souvenez-vous de cela?

R. Non, monsieur.

- Q. You deny that?
A. Yes, sir.
- Q. "David was just laying there and was saying 'Oh my God.'"; do you remember that?
A. No, sir.
- Q. You don't remember Mr. Perry saying, "Oh, my God."?
A. No, sir.
- Q. You don't remember that?
A. No, sir.
- Q. "Then Allwyn passed me the" that is Mr. Kizyma, "the coffee pot cord and told me to tie his hands up."; isn't that right?
A. No, sir.
- Q. "We were going to leave the room then and Allwyn said 'Gag him.'"; isn't that right?
A. No, sir.
- Q. You did not say, "Gag him."?
A. No, sir.
- Q. Wasn't your idea to have Mr. Puffer tie David Perry's feet with a belt?
A. No, sir.
- Q. It was not your idea to have Mr. Kizyma tie Mr. Perry's hands behind his back with the coffee pot cord?
A. No, sir.
- Q. It was not your idea to gag Mr. Perry?
A. No, sir.
- Q. You did not play any part in this?
A. No, sir.
- Q. Just going back to Mr. Kizyma's statement again, Exhibit 67, "So I couldn't find nothing to gag him with so I used a pillow and someone threw me his sweater."; do you remember that?
A. Do I remember hearing or seeing?
- Q. Do you remember hearing and seeing? Mr. Kizyma said this and you tell me if this is true, "So I couldn't find nothing to gag with him so I used a pillow and someone threw me his sweater. Meanwhile Tom and Allwyn were watching . . ."; is that true?
A. I was out of the room by that time.
- Q. So you were not watching Mr. Kizyma tie the pillow to the face of David Perry?
- Q. Vous le niez?
R. Oui, monsieur.
- Q. «David était par terre et il disait: «Oh mon Dieu!»»; vous souvenez-vous de cela?
R. Non, monsieur.
- Q. Vous ne vous souvenez pas que M. Perry disait, «Oh mon Dieu!»?
R. Non, monsieur.
- Q. Vous ne vous souvenez pas de cela?
R. Non, monsieur.
- Q. «Alors Allwyn m'a passé le» c'est la déclaration de M. Kizyma, «le fil de la cafetière électrique et il m'a dit de lui attacher les mains.»; est-ce exact?
R. Non, monsieur.
- Q. «Nous allions quitter la chambre et Allwyn a dit «Bâillonnez-le!»»; est-ce exact?
R. Non, monsieur.
- Q. Vous n'avez pas dit: «Bâillonnez-le!»?
R. Non, monsieur.
- Q. Ce n'est pas vous qui avez eu l'idée de faire attacher les pieds de David Perry par M. Puffer avec une ceinture?
R. Non, monsieur.
- Q. Ce n'est pas vous qui avez eu l'idée de faire attacher les mains de M. Perry derrière son dos avec le fil de la cafetière électrique par M. Kizyma?
R. Non, monsieur.
- Q. Ce n'est pas vous qui avez eu l'idée de bâillonner M. Perry?
R. Non, monsieur.
- Q. Vous n'avez joué aucun rôle là-dedans?
R. Non, monsieur.
- Q. Revenons à la déclaration de M. Kizyma, pièce 67: «Je ne trouvais rien pour le bâillonner, alors j'ai utilisé un oreiller et quelqu'un m'a lancé son chandail.»; vous souvenez-vous de cela?
R. Est-ce que je me souviens d'avoir entendu ou d'avoir vu?
- Q. Vous souvenez-vous d'avoir entendu et vu? M. Kizyma a dit cela et vous me direz si c'est vrai: «Je ne trouvais rien pour le bâillonner, alors j'ai utilisé un oreiller et quelqu'un m'a lancé son chandail. Pendant ce temps-là Tom et Allwyn regardaient . . .»; est-ce vrai?
R. J'étais sorti de la chambre à ce moment-là.
- Q. Alors vous n'avez pas vu M. Kizyma attacher l'oreiller sur le visage de David Perry?

- A. No, sir.
- Q. With the sweater?
- A. No, sir.
- Q. I am suggesting to you that it was you that threw the sweater that was used to tie the pillow up, to Mr. Kizyma?
- A. No, sir.
- Q. Your statement says, "I said 'Let's go.' and Kerry said 'Wait a minute' and he tied a pillow to his face."; what about that?
- A. I don't remember that.
- Q. After this happened in 2701 Northstar Inn, you left?
- A. Yes, sir.
- Q. Mr. McFall, you recall yesterday I was asking you whether certain passages in Mr. Kizyma's statement, or Mr. Puffer's statement were true?
- A. Yes.
- Q. Do you remember that's where we were yesterday. Now I refer you to Mr. Kizyma's statement which is Exhibit 67, page 3. Mr. Kizyma says, "Allwyn said to Tom, 'Look for money.' Tom ran around the room looking for money but couldn't find any." Now, do you recall that? Is that correct?
- A. I recall you saying it yesterday, yes.
- Q. Do you recall that happening in the room?
- A. No, sir.
- Q. Do you recall saying to Puffer, "Look for money."?
- A. No, sir.
- Q. Do you recall Puffer running around the room looking for money?
- A. No, sir.
- Q. I refer you to Mr. Puffer's statement, Exhibit 50, where he says at Page 3, "We walked in and Allwyn or Mark said 'Search for money.' So here I am looking in the drawers and that." Do you recall that happening?
- A. No, sir.
- Q. Did you say, "Look for money."?
- A. No, sir.
- Q. Or search for money?
- A. No, sir.
- Q. Did Kizyma say, "Search for money."?
- A. No, sir.
- R. Non, monsieur.
- Q. Avec le chandail?
- R. Non, monsieur.
- Q. Je vous suggère que c'est vous qui avez lancé à M. Kizyma le chandail dont on s'est servi pour attacher l'oreiller?
- R. Non, monsieur.
- Q. Votre déclaration dit: «J'ai dit «partons!» et Kerry a dit: «Attendez une minute!» et il a attaché un oreiller à son visage.»; qu'est-ce que vous dites de cela?
- R. Je ne m'en souviens pas.
- Q. Après que tout cela s'est produit au 2701 Northstar Inn, vous êtes parti?
- R. Oui, monsieur.
- Q. M. McFall, vous vous souvenez qu'hier je vous demandais si certains passages de la déclaration de M. Kizyma ou de celle de M. Puffer étaient vrais?
- R. Oui.
- Q. Vous vous souvenez, c'est là où nous en étions hier. Je vous réfère maintenant à la déclaration de M. Kizyma, la pièce 67, page 3. M. Kizyma déclare: «Allwyn a dit à Tom: «Cherche de l'argent!». Tom a parcouru la chambre en cherchant de l'argent mais il n'a pu en trouver.» Vous souvenez-vous de cela? Est-ce exact?
- R. Je me souviens que vous l'avez dit hier, oui.
- Q. Vous souvenez-vous que cela se soit passé dans la chambre?
- R. Non, monsieur.
- Q. Vous souvenez-vous d'avoir dit à Puffer: «Cherche de l'argent!»?
- R. Non, monsieur.
- Q. Vous souvenez-vous que Puffer ait parcouru la chambre pour chercher de l'argent?
- R. Non, monsieur.
- Q. Je vous réfère à la déclaration de M. Puffer, pièce 50, où il dit à la page 3: «Nous sommes entrés et Allwyn ou Mark a dit: «Trouve de l'argent!». Alors je me suis mis à chercher dans les tiroirs et partout.» Vous souvenez-vous que cela soit arrivé?
- R. Non, monsieur.
- Q. Avez-vous dit: «Cherche de l'argent!»?
- R. Non, monsieur.
- Q. Ou: «Trouve de l'argent!»?
- R. Non, monsieur.
- Q. Kizyma a-t-il dit: «Trouve de l'argent!»?
- R. Non, monsieur.

Q. Do you recall Mr. Puffer looking in the drawers?

A. No, sir.

Q. Did you throw the mattress on top of Mr. Perry?

A. No, sir.

Q. Again, I refer you to Exhibit 67, Mr. Kizyma's statement.

THE COURT: Would you slow down when you are referring to these various statements, please, Mr. Nozick. I'm having trouble with all the documents that are here, finding the exhibit first and then the place you're referring to.

MR. NOZICK: Yes. Perhaps I should give the page number. It might be of some assistance.

BY MR. NOZICK:

Q. At page 4 of Mr. Kizyma's statement, Mr. Kizyma said, "Then Allwyn threw the mattress over him, then we all left the room." Do you remember that happening?

A. No, sir.

Q. And in his letter to you he says, "Okay, we all agreed to roll him." Do you remember that statement in the letter?

A. Yes.

Q. That was correct, wasn't it?

A. Pardon me?

Q. That was correct, wasn't it?

A. No, sir.

Q. No. And he told you in his letter, "I'm willing to say you didn't do nothing but Tom's got to work this out himself." Do you remember that in the letter?

A. Yes.

Q. So it appeared from the letter that was written to you, or the letter that was sent to you, that Mr. Kizyma was going to try and cover up for you?

A. I wouldn't say he was trying to cover up.

Q. No?

A. I never asked him to cover up.

Q. Well, he says in his letter, "Okay, I'm the one that's going to get the time. Now, Tom, he should get a little time. Now you—I'm going to try and cover up for you. In other words, I'm going to say you didn't do fuck all." Do you remember that?

A. That's in the letter. It also says in the letter which I didn't.

Q. Pardon?

Q. Vous souvenez-vous que M. Puffer ait cherché dans les tiroirs?

R. Non, monsieur.

Q. Avez-vous jeté le matelas sur M. Perry?

R. Non, monsieur.

Q. Je vous réfère de nouveau à la pièce 67, la déclaration de M. Kizyma.

LA COUR: Pourriez-vous aller un peu plus lentement lorsque vous réferez à ces diverses déclarations, s'il vous plaît, M^e Nozick? J'ai de la difficulté avec tous ces documents, d'abord à trouver la pièce et ensuite l'endroit auquel vous réferez.

M^e NOZICK: Oui, je pourrais peut-être citer le numéro de la page. Ça pourrait aider.

PAR M^e NOZICK:

Q. A la page 4 de la déclaration de M. Kizyma, M. Kizyma a dit: «Alors Allwyn a jeté le matelas sur lui et nous avons tous quitté la chambre». Vous souvenez-vous que cela soit arrivé?

R. Non, monsieur.

Q. Et dans la lettre qu'il vous a adressée il écrit: «D'accord, nous avons tous convenu de le voler». Vous souvenez-vous de cette déclaration dans la lettre?

R. Oui.

Q. C'était exact, n'est-ce pas?

R. Pardon?

Q. C'était exact, n'est-ce pas?

R. Non, monsieur.

Q. Non. Et il vous a déclaré dans sa lettre: «Je suis prêt à dire que tu n'as rien fait mais Tom doit se débrouiller tout seul». Vous souvenez-vous de cela dans la lettre?

R. Oui.

Q. Il semble donc d'après la lettre qui vous a été écrite ou la lettre qui vous a été envoyée, que M. Kizyma allait tenter de vous couvrir?

R. Je ne dirais pas qu'il tentait de me couvrir.

Q. Non?

R. Je ne lui ai jamais demandé de me couvrir.

Q. Eh bien, il écrit dans sa lettre: «D'accord c'est moi qui ferai le temps. Tom lui, il devrait faire un peu de temps. Quant à toi, je vais tenter de te couvrir. En d'autres mots, je vais dire que tu n'as rien fait du tout». Vous souvenez-vous de cela?

R. C'est dans la lettre. La lettre dit aussi ce que je n'ai pas fait.

Q. Pardon?

A. It also says which I didn't.

Q. Exhibit 67, please. Page 4, my lord, of Exhibit 67. Mr. Kizyma made this statement and I want you to tell me if you agree with it: "Before we left the room, Allwyn took the ashtray and smashed his glasses." Do you agree with that?

A. Pardon me?

Q. "Before we left the room Allwyn took the ashtray and smashed his glasses."

A. I don't really recall taking an ashtray and smashing anybody's glasses.

Q. And then he says, "Tom hit him in the head with his fist pretty hard." Do you remember that?

A. He might have done it.

Q. Well, wasn't that when you were talking about waving your hand, "You know that you hit him. Why don't you admit it?" And he said, "All right. So I hit him but only once."

A. The only time I knew that Tom hit him was when he was talking in the Fort Garry Courts.

Q. I notice in Exhibit 70 that Mr. Kizyma starts his letter off as follows: "Allwyn, I will write that letter to your parents but I want to straighten a couple of things out first." That would seem to indicate that you had had a conversation?

A. Yes, I did, yes.

Q. A conversation about covering up for yourself?

A. No, sir.

Crown counsel in his address to the jury recited the three statements of the accused and invited the jury to compare them one to the other thereby to discern the truth. The habit thus formed infected the charge to the jury as well. The learned trial judge included the following summary of the appellant's testimony in his charge:

He says that Perry was not unconscious; he was talking. He denies that he said that they were from the R.C.M.P. or suggesting that Perry bought heroin; says where those statements appear in Kizyma's statement, Kizyma is lying.

R. Ça dit aussi ce que je n'ai pas fait.

Q. Pièce 67, s'il vous plaît. Page 4, votre Seigneurie, de la pièce 67. Kizyma a fait cette déclaration et je veux que vous me disiez si vous êtes d'accord: «Avant que nous ne quittions la chambre, Allwyn a pris le cendrier et a fracassé ses lunettes.» Êtes-vous d'accord avec cette déclaration?

R. Pardon?

Q. «Avant que nous ne quittions la chambre, Allwyn a pris le cendrier et a fracassé ses lunettes.»

R. Je ne me souviens pas vraiment d'avoir pris un cendrier et d'avoir fracassé les lunettes de qui que ce soit.

Q. Ensuite il déclare: «Tom lui a donné un coup de poing assez fort à la tête.» Vous souvenez-vous de cela?

R. Il l'a peut-être fait.

Q. Alors n'était-ce pas au moment où vous avez parlé d'avoir fait un geste de la main: «Tu sais que tu l'as frappé. Pourquoi ne l'admetts-tu pas?». Et il a dit: «D'accord. Je l'ai frappé mais seulement une fois.»

R. La première fois que j'ai su que Tom l'avait frappé c'est lorsqu'il a parlé au palais de justice de Fort Garry.

Q. Je remarque que dans la pièce 70 M. Kizyma commence sa lettre comme suit: «Allwyn, je vais écrire cette lettre à tes parents, mais je veux d'abord clarifier un certain nombre de choses.» Cela semblerait indiquer que vous aviez eu une conversation ensemble?

R. Oui, j'en ai eu une, oui.

Q. Une conversation où il a été question de vous couvrir?

R. Non.

Dans son réquisitoire au jury, le substitut du procureur général a lu les déclarations des trois accusés et il a invité le jury à les comparer l'une à l'autre de façon à découvrir la vérité. Le mauvais pli ainsi formé a également eu des répercussions sur l'exposé au jury. Le savant juge du procès a inclus dans son exposé le résumé suivant du témoignage de l'appelant:

[TRADUCTION] Il dit que Perry n'était pas inconscient; il parlait. Il nie avoir dit qu'ils appartenaient à la G.R.C. ou avoir laissé entendre que Perry avait acheté de l'héroïne; il dit que, quand ces affirmations figurent dans la

He says he didn't slap Mr. Perry and if Kizyma says that, Kizyma is lying. He says Kizyma is not lying, however, where he said about putting the pillow on. He agreed that his statement to the police, that is, McFall's statement to the police, was correct to a certain extent.

. . .

He said, No, it's not true if Kerry said they were going to the Mardi Gras.

. . .

Said what Puffer said in his statement that "Mark and he, Allwyn, were wrestling David on the floor" was not true. He said yes, he did smash the glasses. He didn't know why; yes, he used the ashtray to smash the glasses. He did put the phone on the hook. He said he didn't remember seeing Puffer do anything; that he doesn't remember saying to the police that Jason jumped on the man and was holding him by the throat. He says it's not true that Kerry went through the suits looking for money; denies Kizyma's statement saying that he'd slapped the deceased. He said with respect to his own statement it's not true. He didn't say it.

. . .

Referred to Puffer's statement, he said, "No, I did not tell him to tie his feet and hand him the belt." He denies what Kizyma says in his statement that he was telling others to do this and that. He denies he passed the cord for tying the arms. He denies that he said, "Gag him." He said, no, it was not his idea to have Kerry tie him and gag him. He said it's not true that he was watching Kizyma tie the pillow to his face. He says, no, he did not throw the sweater to Kizyma.

. . .

In the latter part of his cross examination he was referred to a portion of Kizyma's statement. He says, "No, I don't really recall taking the ashtray and smashing anybody's glasses."

déclaration de Kizyma, Kizyma ment. Il dit qu'il n'a pas giflé M. Perry et que si Kizyma l'affirme, Kizyma ment. Il dit que Kizyma ne ment pas toutefois quand il parle de l'oreiller. Il a admis que sa déclaration à la police, c'est-à-dire la déclaration de McFall à la police, était exacte dans une certaine mesure.

. . .

Il a dit non, ce n'est pas vrai que Kerry ait dit qu'ils allaient au Mardi Gras.

. . .

Il a dit que la déclaration de Puffer que «Mark et lui, Allwyn, retenaient David au sol» n'était pas vraie. Il a dit que oui, il a fracassé les lunettes. Il ne savait pas pourquoi; oui, il a utilisé le cendrier pour fracasser les lunettes. Il a bien raccroché le récepteur du téléphone. Il a dit qu'il ne se souvient pas d'avoir vu Puffer faire quoi que ce soit; qu'il ne se souvient pas d'avoir dit à la police que Jason s'est jeté sur l'homme et le tenait à la gorge. Il dit que ce n'est pas vrai que Kerry a fouillé les complets pour chercher de l'argent; il nie la déclaration de Kizyma qu'il a giflé la victime. En ce qui regarde sa propre déclaration, il a dit que ce n'était pas vrai. Il n'a pas dit cela.

. . .

En ce qui regarde la déclaration de Puffer, il a dit: «Non, je ne lui ai pas dit de lui attacher les pieds et je ne lui ai pas tendu la ceinture.» Il nie ce que Kizyma affirme dans sa déclaration, c'est-à-dire qu'il donnait des ordres aux autres. Il nie avoir passé le fil pour attacher les bras. Il nie avoir dit: «Bâillonnez-le!». Il dit que ce n'est pas lui qui a eu l'idée de le faire attacher et bâillonner par Kerry. Il nie avoir regardé Kizyma lui attacher l'oreiller au visage. Il dit qu'il n'a pas lancé le chandail à Kizyma.

. . .

Dans la dernière partie de son contre-interrogatoire, on l'a référé à une partie de la déclaration de Kizyma. Il a dit: «Je ne me souviens pas vraiment d'avoir pris un cendrier et d'avoir fracassé les lunettes de qui que ce soit.»

The learned trial judge discussed the three statements made by the three co-accused, in his charge as follows:

As you recall it was originally my intention to remove from the statements the names of other accused mentioned in the statements, however, as those names have been used to a large extent in the examination and cross examination of McFall, it is now necessary to leave the names in the statements so that you can make a comparison of what McFall has denied with some of the suggestions in those other statements. If the names had not been referred to or if none of the accused had testified, removal of the names would have made it easier for you to exclude all inadmissible evidence from your mind. All I can now do is urge you again in reading the statements to remember, for example if Kizyma says that Puffer did something or other, you may consider that evidence with respect to Kizyma because it may indicate his knowledge of what was going on but you can not use that evidence against Puffer. That is just one example to indicate and to caution you, again, that evidence in the statements is evidence against the person who made the statement and not against any other accused.

I say the only exception to that general rule is that you may look at names in other statements with respect to McFall in company with what he said in the stand in trying to decide on his general truthfulness or credibility.

The Court then invited the jury to examine these statements in accordance with his instructions:

I now wish to review briefly the statement of each accused as much for the manner of the way I suggest you look at them as anything else.

You take McFall's statement to see what he says he did and nothing else.

Dans son exposé au jury, le savant juge du procès a commenté comme suit les trois déclarations des coaccusés:

[TRADUCTION] Vous vous souvenez qu'à l'origine je voulais supprimer des déclarations les noms des autres accusés qui y étaient mentionnés. Cependant, comme on a souvent référé à ces noms dans l'interrogatoire et le contre-interrogatoire de McFall, il devient nécessaire de laisser les noms dans les déclarations de façon que vous puissiez faire une comparaison entre les dénégations de McFall et les affirmations contenues dans ces autres déclarations. Si l'on n'avait pas mentionné les noms ou si aucun des accusés n'avait témoigné, la suppression des noms vous aurait facilité la tâche d'exclure de votre esprit toute la preuve non recevable. Tout ce que je peux faire maintenant, c'est vous exhorter encore une fois à vous souvenir, lorsque vous lirez les aveux que, par exemple, si Kizyma dit que Puffer a fait quelque chose, vous pouvez tenir compte de cet élément de preuve en rapport avec Kizyma parce qu'il peut servir à démontrer qu'il savait ce qui se passait, mais que vous ne pouvez pas utiliser cet élément de preuve contre Puffer. Ce n'est qu'un exemple pour vous indiquer et vous avertir, encore une fois, que les preuves qui contiennent les déclarations sont recevables seulement contre la personne qui les a faites et non contre les autres accusés.

La seule exception à cette règle générale est que vous pouvez regarder les noms dans les autres déclarations en rapport avec ce que McFall a dit dans son témoignage, pour en juger la véracité ou apprécier sa crédibilité.

La Cour a alors invité le jury à examiner ces déclarations conformément à ses directives:

[TRADUCTION] Je vais maintenant revoir la déclaration de chaque accusé, autant pour illustrer la manière dont il faut les considérer que pour n'importe quelle autre raison.

Prenez la déclaration de McFall pour voir ce qu'il a dit avoir fait et pour aucune autre raison.

Such use of the statements by the co-accused against the appellant was, of course, an error of law, a fundamental violation of the rule against the admission of hearsay evidence and a gross exception to or expansion of the exception from the general prohibition which is unrecognized in the law. (*Schmidt v. The King*)². A succinct condemnation of such use of extrajudicial statements by co-accused was made by Brennan J. in *Bruton v. U.S.*³, at p. 135:

Such a context is presented here, where the powerfully incriminating extrajudicial statements of a codefendant, who stands accused side-by-side with the defendant, are deliberately spread before the jury in a joint trial. Not only are the incriminations devastating to the defendant but their credibility is inevitably suspect, a fact recognized when accomplices do take the stand and the jury is instructed to weigh their testimony carefully given the recognized motivation to shift blame onto others. The unreliability of such evidence is intolerably compounded when the alleged accomplice, as here, does not testify and cannot be tested by cross-examination.

Here of course the jury was not protected against misuse of these statements by proper instructions, but conversely was invited to analyse each statement in the light of the contents of the other two statements as though each were evidence against the appellant. This leads one naturally to query the wisdom of joint trials where the existence of such statements made by all the co-accused is known in advance. The economies and the efficiencies of joint trials and the advantage of minimizing inconsistent and unsatisfactory verdicts which expose the law and the courts to criticism by the public, attract the trial courts to the undertaking of joint trials in such circumstances. In doing so, the court takes on the added and heavy burden of complete and proper instruction to the jury on the precise limits of the evidence admissible against each of the accused, and hence the limited use to which these statements may be put. This burden is discharged only by the clearest instruction to the jury that only the statement made by the accused himself is admissible

Pareille utilisation des déclarations des coaccusés contre l'appelant constituait évidemment une erreur de droit, une violation fondamentale de la règle contre la réception de la preuve par ouï-dire et une exception inacceptable ou un élargissement de l'exception à l'interdiction générale, exception que le droit ne reconnaît pas. (*Schmidt c. Le Roi*)². Dans *Bruton v. U.S.*³, à la p. 135, le juge Brennan a condamné en termes succincts une telle utilisation des déclarations extrajudiciaires des coaccusés:

[TRADUCTION] C'est le contexte dans la présente affaire où des déclarations extrajudiciaires fortement incriminantes de la part d'un coaccusé appelé à répondre à la même accusation, sont délibérément présentées au jury dans un procès conjoint. Non seulement les déclarations incriminantes sont-elles extrêmement préjudiciables à l'accusé mais leur véracité est inévitablement suspecte, ce qui est reconnu lorsque des complices témoignent et que le jury reçoit comme directive de peser soigneusement leur témoignage vu l'intérêt qu'on leur reconnaît à jeter le blâme sur d'autres. On ne peut jamais se fier à pareille preuve; à plus forte raison ici, lorsque le prétendu complice ne témoigne pas et ne peut être soumis à l'épreuve du contre-interrogatoire.

Dans la présente affaire, le jury n'a pas été mis en garde, par des directives appropriées, contre la mauvaise utilisation de ces déclarations; au contraire, on l'a invité à analyser chaque déclaration à la lumière du contenu des deux autres déclarations comme si chacune d'elles constituait une preuve contre l'appelant. Ceci nous amène naturellement à mettre en question l'à-propos de tenir des procès conjoints lorsqu'on sait d'avance qu'il existe de telles déclarations faites par tous les coaccusés. L'efficacité des procès conjoints et les économies qu'ils réalisent, ainsi que l'avantage qu'ils représentent de diminuer le nombre de verdicts incompatibles et insatisfaisants qui exposent le droit et les tribunaux à la critique du public, incitent les tribunaux à entreprendre des procès conjoints dans des situations de ce genre. Ce faisant, le tribunal doit assumer le lourd fardeau supplémentaire de donner des directives complètes et justes au jury quant aux limites précises de la preuve recevable contre chacun des accusés et, partant, quant à l'utilisation restreinte qu'on peut faire de ces

² [1945] S.C.R. 438.

³ (1968), 391 U.S. 123.

² [1945] R.C.S. 438.

³ (1968), 391 U.S. 123.

against him, and his statement in turn is inadmissible against his co-accused. There is in these circumstances a constant risk because any instruction short of the foregoing will jeopardize and may destroy any chance of a fair and proper trial. Professor Glanville Williams has commented on the practice of joint trials:

One wonders whether judges do not welcome the fact that the joint trial offers an escape from the rigid rules of evidence.

(Glanville Williams, *Proof of Guilt*, (3rd ed.) 1968, p. 249)

The relaxation referred to is of course the admissibility in the joint trial of all statements of all accused. The rule of evidence perhaps referred to as "rigid" in the above quotation is the prohibition against the use of an extra-judicial statement against persons other than the maker. Joint trials of course do not reduce the application of this rule. The learned author continues:

The theory of the joint trial is that even though evidence may be given in the course of the trial that is in law admissible against one defendant only, justice is done by the judge directing the jury to erase this evidence from their minds in considering the other defendants. The simple faith that the jury are able to follow this direction, compartmentalising their minds in respect of each of the accused, is curiously inconsistent with the effort made by other rules of law to prevent the jury coming to know of evidence that may be misleading. If the justification of part of the law of evidence is that the jury cannot be trusted to hear certain types of evidence, they do not become trustworthy merely because there is also another defendant in the dock. (p. 249)

Recognizing all the risks of the practice of joint trials, the law gives to the trial judge the discretion of determining in the circumstances of each case whether a joint trial may be undertaken. Unless there be a clear indication that such discretion has been exercised on some wrong notion or in the face of circumstances which made the prospect of a fair

déclarations. La cour s'acquitte de ce devoir seulement en donnant au jury la directive la plus claire que seule la déclaration de l'accusé lui-même est recevable contre lui et, réciproquement, que sa déclaration n'est pas recevable contre son coaccusé. Il existe un risque constant dans ces circonstances parce que toute directive insuffisante peut compromettre et même écarter complètement toute possibilité d'un procès juste et régulier. Le professeur Glanville Williams a fait les observations suivantes sur la pratique des procès conjoints:

[TRADUCTION] On peut se demander si les juges ne voient pas avec satisfaction que les procès conjoints permettent une entorse à la rigidité des règles de preuve.

(Glanville Williams, *Proof of Guilt*, (3^e éd.) 1968, p. 249)

Le relâchement dont il parle s'adresse bien sûr à la recevabilité de toutes les déclarations de tous les accusés dans un procès conjoint. La règle de preuve qualifiée de «rigide» dans la citation qui précède est l'interdiction d'utiliser une déclaration extrajudiciaire contre des personnes autres que son auteur. Les procès conjoints, bien sûr, ne changent en rien l'application de cette règle. Le savant auteur poursuit:

[TRADUCTION] La théorie du procès conjoint est que, même si au cours du procès on présente des éléments de preuve qui, en droit, ne sont recevables qu'à l'encontre d'un des accusés, justice est faite si le juge donne comme directive aux jurés d'effacer de leur esprit ces éléments de preuve à l'encontre des autres accusés. La simple croyance que les jurés sont en mesure de respecter cette directive en créant une case mentale à l'égard de chaque accusé est étrangement incompatible avec les efforts qu'on trouve dans les autres règles de droit pour empêcher que ne soient portées à la connaissance du jury des preuves qui peuvent induire en erreur. Si une partie du droit de la preuve se justifie parce qu'on ne peut faire confiance au jury par rapport à certaines catégories de preuve, ces catégories ne deviennent pas moins dangereuses pour le seul motif qu'il y a un autre accusé au banc. (p. 249)

Vu les dangers qu'entraîne la pratique des procès conjoints, le droit donne au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de décider s'il est possible d'entreprendre un procès conjoint dans les circonstances de chaque affaire. A moins d'indication claire que ce pouvoir discrétionnaire a été exercé à partir de quelque conception fautive ou dans des

trial unlikely, an appellate tribunal will not interfere. In this appeal, it is evident from hindsight that the problem of misuse of confessions would have been avoided by separate trials. But the exposure of the question to hindsight is not the answer. The law contemplates a joint trial in these circumstances and has prescribed the proper mode of instructing the jury in accordance with the applicable law of evidence. Whatever error may have ensued, nothing appears from the record to indicate any error on the part of the learned trial judge in the exercise of his discretion on the question of separate or joint trials. Indeed, the trial judge did instruct the jury at one point that a statement made by an accused to public authority was not to be taken into account when dealing with the case of a co-accused who was not the maker of the statement in question. The problem began with the improper use of the statements of the co-accused in the cross-examination of the appellant, continued in improper addresses to the jury, and culminated in instructions to the jury by the trial judge concerning the comparison of the various statements made by the co-accused. The Chief Justice, speaking for the majority of the Court below with respect to the decision of Hamilton J. not to sever the trials, stated: "In my view there were no adequate grounds for such interference in the present case," and I with respect agree with this conclusion.

We are then left with the conflict below as to the application of the curative powers of s. 613(1)(b)(iii). This Court has had occasion in the past to consider its position when faced with an appeal from a decision in the Court of Appeal below on the question of the proper application of the powers granted under s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* (or its predecessor). In *Brooks v. The King*⁴, this Court declined to apply the curative powers in what is now s. 613(1)(b)(iii), and set aside a dismissal of appeal by the Court of Appeal of Ontario who had applied the section in

circumstances qui rendent peu probable la tenue d'un procès juste, une cour d'appel refusera d'intervenir. Dans la présente affaire, il est manifeste, avec le recul, qu'on aurait pu éviter la difficulté de la mauvaise utilisation des aveux par la tenue de procès séparés. Cependant, le recul du temps ne constitue pas une réponse. Le droit permet un procès conjoint dans ces circonstances et prescrit la façon dont il faut instruire le jury conformément au droit de la preuve applicable. Quelles qu'aient pu être les erreurs au procès, le dossier n'en indique aucune de la part du savant juge du procès dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire sur la question des procès séparés ou du procès conjoint. En fait le juge du procès a bien dit au jury à un certain moment qu'une déclaration faite par un accusé à une personne en autorité ne devait pas être prise en considération contre un accusé qui n'était pas l'auteur de la déclaration en question. Le problème a pris naissance avec l'utilisation irrégulière des déclarations des coaccusés au cours du contre-interrogatoire de l'appelant, il s'est poursuivi dans le réquisitoire et les plaidoyers et il a atteint son point culminant dans les directives du juge au jury sur la comparaison des différentes déclarations des coaccusés. Le Juge en chef, dans les motifs qu'il a rédigés pour la majorité de la Cour d'appel, a dit au sujet de la décision du juge Hamilton de ne pas accorder de procès séparés: [TRADUCTION] «A mon avis il n'y a pas de motifs suffisants pour ainsi intervenir dans la présente affaire,» et, avec égards, j'exprime mon accord avec cette conclusion.

Il nous reste donc la divergence d'opinions en Cour d'appel quant à l'application des pouvoirs réparateurs du sous-al. 613(1)(b)(iii). La Cour suprême a déjà eu l'occasion dans le passé de prendre position dans un pourvoi à l'encontre d'un arrêt d'une cour d'appel sur la question de la bonne application des pouvoirs accordés par le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* (ou une disposition antérieure au même effet). Dans *Brooks c. Le Roi*⁴, cette Cour a refusé d'appliquer les pouvoirs réparateurs qu'accordait ce qui est maintenant le sous-al. 613(1)(b)(iii) et elle a

⁴ [1927] S.C.R. 633.

⁴ [1927] R.C.S. 633.

dismissing an appeal from conviction. See also *Stein v. The King*⁵, where this Court again affirmed the power to consider the correctness of the application of s. 613(1)(b)(iii) (s. 1014(2) as it then was) of the *Criminal Code* in the Court of Appeal.

The issue next came before this Court in *Lizotte v. The King*⁶ where this Court unanimously allowed an appeal, rejected the application of s. 613(1)(b)(iii), and directed a new trial. Cartwright J., as he then was, writing on behalf of the Court, stated at p. 137:

The view that this court exercises its own judgment as to whether or not it can be said that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred, I think, appears not only from the two cases last cited but also from *Boulianne v. The King*, [1931] S.C.R. 621, and *Schmidt v. The King*, [1945] S.C.R. 438, in both of which this court gave effect to the argument that no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred, and dismissed the appeals, and from *Chapdelaine v. The King*, [1934] S.C.R. 53, in which this court allowed the appeal, refusing to give effect to the argument that no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred.

In the course of his judgment His Lordship considered the question of the jurisdiction of this Court with respect to this section:

One further argument requires consideration. At the conclusion of his able argument Mr. Dorion submitted that the jurisdiction of this court in criminal matters being limited to questions of law and the court appealed from having held that notwithstanding certain errors in law at the trial there was no substantial wrong or miscarriage of justice and that the appeal should be dismissed under the provisions of section 1014(2) of the *Criminal Code*, such decision cannot be reviewed in this court. It is argued that in reaching the decision to apply section 1014(2) the Court of Appeal must of necessity have examined and weighed the evidence and that consequently such decision is one of fact or of mixed fact and law and, therefore, not subject to review in this court. It is urged that the appeal must be dismissed even if this court should be of opinion that any or all of the points of law argued before us are well taken.

⁵ [1928] S.C.R. 553.

⁶ [1951] S.C.R. 115.

infirmé le rejet de l'appel par la Cour d'appel de l'Ontario qui avait appliqué le sous-alinéa pour rejeter l'appel de la déclaration de culpabilité. Voir également *Stein c. Le Roi*⁵, où cette Cour a de nouveau confirmé le pouvoir d'examiner le bien-fondé de l'application par la Cour d'appel du sous-al. 613(1)b(iii) (alors le par. 1014(2)) du *Code criminel*.

La question s'est présentée ensuite devant cette Cour dans *Lizotte c. Le Roi*⁶, où, à l'unanimité, elle a accueilli le pourvoi, rejeté l'application du sous-al. 613(1)b(iii) et ordonné un nouveau procès. Le juge Cartwright, alors juge puîné, a dit au nom de la Cour à la p. 137:

[TRADUCTION] L'opinion que cette Cour exerce son propre jugement sur la question de savoir s'il s'est produit un tort important ou une erreur judiciaire grave est fondée non seulement sur les deux arrêts que nous venons de citer, mais aussi sur les arrêts *Boulianne c. Le Roi*, [1931] R.C.S. 621, et *Schmidt c. Le Roi*, [1945] R.C.S. 438, où cette Cour a accepté l'argument qu'il ne s'était produit aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave et a rejeté les pourvois, ainsi que sur l'arrêt *Chapdelaine c. Le Roi*, [1934] R.C.S. 53, où cette Cour a accueilli le pourvoi en refusant de donner effet à l'argument qu'il ne s'était produit aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave.

Dans ses motifs, Sa Seigneurie s'est penchée sur la question de la compétence de cette Cour en rapport avec cet article:

[TRADUCTION] Il reste à étudier un dernier argument. En terminant son habile plaidoirie, M^e Dorion a soutenu que vu qu'en matière criminelle cette Cour n'a compétence que sur des questions de droit et que la Cour d'appel avait décidé que malgré certaines erreurs de droit au procès il ne s'était produit aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave de sorte qu'on devait rejeter l'appel en vertu des dispositions du par. 1014(2) du *Code criminel*, cette Cour ne pouvait réviser cette décision. On prétend que pour arriver à la décision d'appliquer le par. 1014(2), la Cour d'appel a nécessairement dû étudier et peser la preuve et que, par conséquent, il s'agit d'une décision sur une question de fait ou sur une question mixte de fait et de droit et elle ne fait donc pas l'objet des pouvoirs de révision de cette Cour. On fait valoir que le pourvoi doit être rejeté même si cette Cour est d'avis qu'un des points de droit plaidés devant elle est bien fondé ou qu'ils le sont tous.

⁵ [1928] R.C.S. 533.

⁶ [1951] R.C.S. 115.

I do not think that this argument is entitled to prevail. In the case at bar it might perhaps be disposed of by pointing out that in my opinion there were serious errors in matter of law at the trial which the Court of Appeal did not regard as being errors at all; but even had the Court of Appeal found the existence of all the errors in law which in my view did occur and nonetheless dismissed the appeal pursuant to section 1014(2), I do not think that this court would be without jurisdiction.

Counsel were not able to refer us to any reported case in which the argument put forward by Mr. Dorion appears to have been considered. Its importance is obvious. If given effect it would have the result that in any case in which a Court of Appeal dismisses an appeal because in its view, in spite of error in law at the trial, no substantial wrong or miscarriage of justice has actually occurred this court could not entertain, or at all events could not allow, an appeal from such judgment no matter how grave, in the view of this court, was the error complained of. (pp. 133-4)

In *Brown v. The Queen*⁷, Cartwright J. in giving the majority judgment on behalf of himself and Locke and Martland J.J.A., refused to follow the Court of Appeal of Alberta in applying s. 613(1)(b)(iii), but rather allowed the appeal and directed a new trial. Fauteux J., as he then was, dissented as he found: "No miscarriage of justice or substantial wrong resulted therefrom." Taschereau J. as he then was, also dissented on the ground that he could find no conflict between the majority judgment and that of the minority below "on questions of law". It is not entirely clear whether this dissent is based upon a disagreement with Cartwright J. when he stated:

With the greatest respect to those who entertain a different view, it appears to me that when one judge holds that a passage in the charge to the jury is material and fatally misleading and another judge holds that the same passage is irrelevant they are in disagreement on a point of law. (p. 378);

or whether it is a reference to a difference in the Court below as to the application of what is now s. 613(1)(b)(iii). In any case, it is clear that the

⁷ [1962] S.C.R. 371.

Je ne crois pas que cet argument doit être retenu. Dans la présente affaire on pourrait peut-être le rejeter en soulignant qu'à mon avis il y a eu au procès des erreurs graves sur des questions de droit que la Cour d'appel n'a pas considérées comme des erreurs; mais même si la Cour d'appel avait constaté l'existence de toutes les erreurs de droit qui, à mon avis, se sont produites et avait néanmoins rejeté l'appel en vertu du par. 1014(2), je ne crois pas que cette Cour serait incapable d'intervenir.

Les avocats n'ont pu nous citer aucun arrêt qui ait examiné l'argument présenté par M^e Dorion. Son importance est manifeste. Si on l'admet, il aurait pour conséquence que chaque fois qu'une Cour d'appel rejette un appel parce que selon elle, malgré une erreur de droit au procès, il ne s'est produit aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave, cette Cour ne pourrait entendre ou en tout cas ne pourrait accueillir un pourvoi à l'encontre d'un tel jugement quelque grave qu'elle puisse estimer être l'erreur alléguée. (pp. 133 et 134)

Dans *Brown c. La Reine*⁷, le juge Cartwright, qui a prononcé le jugement majoritaire pour lui-même et pour les juges Locke et Martland, a refusé de suivre la Cour d'appel de l'Alberta et d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) pour accueillir le pourvoi et ordonner un nouveau procès. Le juge Fauteux, alors juge puîné, a conclu dans sa dissidence: [TRADUCTION] «Il ne s'est produit aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave.» Le juge Taschereau, alors juge puîné, a également exprimé un avis dissident pour le motif qu'il ne pouvait relever aucun conflit entre le jugement de la majorité et celui de la minorité de la Cour d'appel [TRADUCTION] «sur des questions de droit». On ne sait pas trop si sa dissidence se fonde sur un désaccord avec le juge Cartwright lorsqu'il dit:

[TRADUCTION] Avec égards pour ceux qui partagent une opinion contraire, il me paraît que lorsqu'un juge estime qu'un passage de l'exposé au jury est important et est de nature à entraîner une erreur fatale, et qu'un autre juge estime que le même passage n'est pas pertinent, ils sont en désaccord sur une question de droit. (p. 378);

ou s'il s'agit d'une référence à une divergence d'opinions en Cour d'appel sur l'application de ce qui est maintenant le sous-al. 613(1)(b)(iii). Quoi

⁷ [1962] R.C.S. 371.

majority reversed the Court below on the issue of the application of s. 613(1)(b)(iii).

In *Colpitts v. The Queen*⁸, the appeal before this Court was from a decision of the New Brunswick Court of Appeal where the majority affirmed a conviction upon the application of s. 613(1)(b)(iii) notwithstanding the failure of the trial judge to put the theory of the defence adequately to the jury. This Court, in reversing the disposition of the Court of Appeal, declined to apply the section. Spence J., with whom the balance of the majority concurred, stated with reference to *Lizotte v. The King, supra*:

In *Lizotte v. The King, supra*, Cartwright J. giving the judgment for the Court, held that it was within the jurisdiction of this Court to allow an appeal and refuse to apply the provisions of the present s. 592(1)(b)(iii) despite the fact that the Court of Appeal in the province had dismissed the appeal from the conviction upon the application of the said subsection. (p. 755)

The dissenting justices would have applied what is now s. 613(1)(b)(iii) for the reasons given by the majority in the Court of Appeal. There can be no doubt therefore that all members of the Court considered the issue of the application of s. 613(1)(b)(iii) to be a question of law.

It may be said that the foregoing authorities are inconsistent with the result reached in *The King v. Décary*⁹. The Court was there concerned with what is now s. 613(1)(a)(i) and concluded that the dissent in the Court of Appeal on the question as to whether the verdict was unreasonable was not a question of law but was rather a question of mixed fact and law. The issue raised by the two subsections in s. 613 is of course quite different and in my view the judgment in *Décary, supra*, is of no assistance in determining the nature of the point raised in dissent with reference to s. 613(1)(b)(iii) on this appeal. Similarly, *Rozon v. The King*¹⁰, was dealing with the issues arising upon the substitution of a verdict by a court in place of that

qu'il en soit, il est clair que la majorité a infirmé l'arrêt de la Cour d'appel sur la question de l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii).

Dans *Colpitts c. La Reine*⁸, le pourvoi était à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick où la majorité avait maintenu une déclaration de culpabilité en appliquant le sous-al. 613(1)(b)(iii) même si le juge du procès n'avait pas exposé convenablement au jury la théorie de la défense. Infirmant l'arrêt de la Cour d'appel, cette Cour a refusé d'appliquer le sous-alinéa. Le juge Spence, dont l'opinion a été partagée par le reste de la majorité, a dit en rapport avec l'arrêt *Lizotte c. Le Roi*, précité:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Lizotte c. Le Roi*, précité, le juge Cartwright qui a rédigé les motifs de jugement de la Cour a conclu que cette Cour avait compétence pour accueillir un pourvoi et refuser d'appliquer les dispositions de l'actuel sous-al. 592(1)(b)(iii) même si la Cour d'appel de la province avait rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité en application de ce sous-alinéa. (p. 755)

Les juges dissidents auraient appliqué ce qui est maintenant le sous-al. 613(1)(b)(iii) pour les motifs donnés par la majorité de la Cour d'appel. Il ne peut donc y avoir de doute que tous les juges de la Cour ont estimé que la question de l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) était une question de droit.

On pourrait soutenir que ces arrêts sont incompatibles avec la conclusion tirée dans l'arrêt *Le Roi c. Décary*⁹. La question devant la Cour avait trait à ce qui est maintenant le sous-al. 613(1)(a)(iii). La Cour a conclu que la dissidence en Cour d'appel sur la question de savoir si le verdict était déraisonnable n'était pas une question de droit mais plutôt une question mixte de fait et de droit. Les points que soulèvent les deux sous-alinéas de l'art. 613 sont évidemment très différents et, à mon avis, l'arrêt *Décary*, précité, ne nous est d'aucune utilité dans le présent pourvoi pour établir la nature de la question que soulève la dissidence en rapport avec le sous-al. 613(1)(b)(iii). De même, l'arrêt *Rozon c. Le Roi*¹⁰, traitait des points que

⁸ [1965] S.C.R. 739.

⁹ [1942] S.C.R. 80.

¹⁰ [1951] S.C.R. 248.

⁸ [1965] R.C.S. 739.

⁹ [1942] R.C.S. 80.

¹⁰ [1951] R.C.S. 248.

reached by a jury, and the dissent in the Court of Appeal related to the applicability of a section not related to the present s. 613.

Finally, we come to *Pearson v. the Queen*¹¹, where the majority of the Court of Appeal dismissed an appeal from conviction notwithstanding a finding of improper admission of a statement by the accused. The dissent was on the application of what is now s. 613 in those circumstances. This Court affirmed the conviction on the basis that the dissent below was founded upon a question as to whether the sufficiency of evidence supporting the conviction was a question of fact. Kerwin C.J. stated at p. 372:

There was no dissent on any ground of law dealt with by the dissenting judge and upon which there was a disagreement in the Appellate Division and therefore this Court is without jurisdiction: *The King v. Décarv* [*supra*]; *Rozon v. The King* [*supra*].

The Chief Justice reached this conclusion in a very short judgment in which no reference is made to any contention that the applicability of s. 613(1)(b)(iii) is not a question of law and no consideration was given to the earlier cases of *Brook, supra* and *Stein, supra*. In reaching his conclusion the following excerpt from the dissent in the Court of Appeal was set forth:

I do not think that the remaining evidence conclusively establishes the guilt of the accused. I would accordingly quash the conviction and direct a new trial. (p. 371)

The majority judgment of the Court of Appeal stated with reference to the evidence remaining after the disputed statement was set aside:

It is our opinion that quite apart from this statement there is ample evidence in the sales of grain by him to prove the offence of theft as charged, and that no injustice has been done to the accused in the verdict of guilty. Therefore, without arriving at any decision on the question of admissibility of the statement, we dismiss the appeal, and affirm the conviction. (p. 31)

The judgment in *Pearson v. The Queen, supra*, does not therefore, in my view, squarely deal with

soulève la substitution d'un verdict par une cour à celui qu'a rendu un jury, et la dissidence en Cour d'appel avait trait à l'application d'un article qui n'a aucun lien avec l'actuel art. 613.

Enfin, dans *Pearson c. La Reine*¹¹, la majorité de la Cour d'appel avait rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité nonobstant la conclusion qu'une déclaration de l'accusé avait été irrégulièrement admise. La dissidence portait sur l'application de l'actuel art. 613 dans ces circonstances. Cette Cour a confirmé la déclaration de culpabilité pour le motif que la dissidence en Cour d'appel était fondée sur la question de savoir si la suffisance de la preuve justifiant la condamnation était une question de fait. Le juge en chef Kerwin a écrit à la p. 372:

[TRADUCTION] Il n'y a eu aucune dissidence sur une question de droit exposée par le juge dissident et sur laquelle il y avait désaccord en Division d'appel et, par conséquent, cette Cour n'a pas compétence: *Le Roi c. Décarv* [précité]; *Rozon c. Le Roi* [précité].

Le Juge en chef est arrivé à cette conclusion dans des motifs de jugement très courts qui ne font aucune mention d'un argument que l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) n'est pas une question de droit et on n'a pas examiné les arrêts antérieurs *Brook* et *Stein*, précités. Pour étayer sa conclusion, il a cité l'extrait suivant de la dissidence en Cour d'appel:

[TRADUCTION] Je ne crois pas que le reste de la preuve démontre de façon concluante la culpabilité de l'accusé. Je suis donc d'avis d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès. (p. 371)

Le jugement majoritaire de la Cour d'appel a dit, en ce qui concerne la preuve qui restait après l'exclusion de la déclaration contestée:

[TRADUCTION] A notre avis, indépendamment de cette déclaration, il y a suffisamment de preuves de ventes de grain par l'accusé pour prouver l'infraction de vol dont on l'accuse et le verdict de culpabilité n'est pas injuste à l'endroit de l'accusé. Par conséquent, sans nous prononcer sur la recevabilité de la déclaration, nous sommes d'avis de rejeter l'appel et de maintenir la déclaration de culpabilité. (p. 31)

A mon avis donc, l'arrêt *Pearson c. La Reine*, précité, ne porte pas directement sur la question de

¹¹ [1959] S.C.R. 369.

¹¹ [1959] R.C.S. 369.

the issue of jurisdiction now before us. I therefore conclude from the foregoing line of authorities decided in this Court since 1927 that the Supreme Court has consistently held the view that it has jurisdiction to consider the application of s. 613(1)(b)(iii) as a question of law, and that on such an appeal it is open to the Court to reverse the application or denial of application of this provision of the *Code* in the Court below.

This brings the review of the authorities in this Court down to the judgments of this Court in *Dunlop and Sylvester v. The Queen* (pronounced May 31, 1979, and unreported¹²). The Manitoba Court of Appeal had confirmed a conviction of the accused by the application of s. 613(1)(b)(iii) of the *Code*. The dissent in the Court of Appeal would have directed a new trial by reason of an improper direction of the trial judge with respect to s. 21(1) and s. 21(2) of the *Code* and would not have applied s. 613(1)(b)(iii) to either of the errors of law relating to subss. (1) and (2) of s. 21.

The disposition in this Court of the *Dunlop and Sylvester* appeal, *supra*, was not on the basis of the application of s. 613 but rather on the basis that it was the error in the jury charge with respect to s. 21(1), which, in the view of Dickson J., was an error of law. With respect to this issue Dickson J. refused to invoke s. 613(1)(b)(iii) in order to allow the conviction to stand. The dissent in this Court dealt principally with the treatment accorded s. 21(1) by the trial judge in his instructions to the jury.

Martland J., with whom two justices concurred, dissented firstly on the ground that the charge under s. 21(1) was justified from the evidence. In reference to the third ground of appeal which was that "s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should not be applied in order to dismiss the appeal", Martland J. stated:

I do not think that the third ground constitutes a dissent on a question of law. Paragraph (iii) of subs. 613(1)(b) gives to a court of appeal a discretionary power to dismiss an appeal from conviction, even where there has been a wrong

compétence qui nous occupe présentement. D'après les arrêts rendus par cette Cour depuis 1927, je conclus que la Cour suprême a toujours été d'avis qu'elle avait compétence pour examiner la question de l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) à titre de question de droit et que dans pareil pourvoi la Cour peut infirmer l'application ou le refus d'application de cette disposition du *Code* par la Cour d'appel.

Cette revue des arrêts de cette Cour m'amène à l'arrêt *Dunlop et Sylvester c. La Reine* (rendu le 31 mai 1979 et encore inédit¹²). La Cour d'appel du Manitoba avait confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé en appliquant le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code*. Les dissidents en Cour d'appel auraient ordonné un nouveau procès à cause d'une directive erronée du juge du procès au sujet des par. 21(1) et 21(2) du *Code* et n'auraient pas appliqué le sous-al. 613(1)(b)(iii) à l'une ou l'autre des erreurs de droit ayant trait à ces paragraphes.

L'arrêt de cette Cour dans *Dunlop et Sylvester*, précité, n'est pas fondé sur l'application de l'art. 613 mais plutôt sur l'opinion que c'est l'erreur dans l'exposé au jury relativement au par. 21(1) qui, suivant l'opinion du juge Dickson, constituait une erreur de droit. En ce qui a trait à cette question, le juge Dickson a refusé d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) pour confirmer la déclaration de la culpabilité. La dissidence en cette Cour a porté principalement sur la manière dont le juge du procès avait présenté le par. 21(1) dans ses directives au jury.

Le premier motif de dissidence du juge Martland, avec qui deux juges sont d'accord, est que la preuve justifiait l'exposé sur le par. 21(1). Sur le troisième moyen d'appel qui était que «le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne devrait pas être appliqué pour rejeter le présent appel», le juge Martland a dit:

Je ne crois pas que le troisième motif constitue une dissidence sur une question de droit. Le sous-al. (iii) de l'al. 613(1)(b) donne à une cour d'appel le pouvoir discrétionnaire de rejeter un appel d'une déclaration de culpabilité même

¹² Since reported [1979] 2 S.C.R. 881.

¹² Depuis publié [1979] 2 R.C.S. 881.

decision by a trial court on a question of law if there has been no substantial wrong or miscarriage of justice resulting from that error. A disagreement by a dissenting judge regarding the exercise of that discretion is not a dissent on a question of law.

Pratte J. (with whom Beetz J. concurred) joined with Dickson J. in the disposition of the appeal on the ground that the learned trial judge had failed to respond to a question posed by the jury with reference to the meaning of a provision in the *Criminal Code*. However, with reference to the s. 613 issue, Pratte J. stated:

The difference of opinion in the Court of Appeal was solely as to the application of subpara. 613(1)(b)(iii) to such error [the legality of the charge with reference to s. 21(2)] and I agree with my brother Martland that this is not a dissent on a question of law.

By reason of these factors, the role and the interpretation of s. 613 was peripheral and the characterization of that section in law formed no part of the *ratio decidendi* of the majority. Therefore, in the disposition of the appeal now before the Court, I do not feel bound by the comments in the *Dunlop and Sylvester* case, *supra*, with reference to s. 613. I am strengthened in that view by the fact that in neither of the judgments to which the references to s. 613 were made was there any citation of authority or discussion of the above authorities.

For the reasons stated above with reference to the misuse of the extrajudicial statements by the co-accused throughout the trial, first on the cross-examination of the appellant, later in the address of the prosecution to the jury, and finally in the instructions given by the learned trial judge to the jury, I have concluded that a serious and fundamental error of law was committed, and that one cannot be certain that in the absence of this repeated error a jury properly instructed would necessarily have reached the same conclusion with reference to the appellant. Section 613(1)(b)(iii) cannot therefore be invoked in these circumstances and the conviction therefore cannot stand.

In light of my opinion that there must be a new trial, I do not deal with other evidential issues

lorsqu'un juge de première instance a rendu une décision erronée sur une question de droit s'il ne résulte de cette erreur aucun tort important ou erreur judiciaire grave. Le désaccord qu'exprime un juge dissident quant à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire ne constitue pas une dissidence sur une question de droit.

Le juge Pratte (avec qui le juge Beetz est d'accord) a fait sienne la solution proposée par le juge Dickson pour le motif que le savant juge du procès n'avait pas répondu à une question posée par le jury sur le sens d'une disposition du *Code criminel*. Cependant, en ce qui concerne la question de l'art. 613, le juge Pratte a dit:

La divergence d'opinions en Cour d'appel portait seulement sur l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) à cette erreur et je suis d'accord avec mon collègue le juge Martland que cela ne constitue pas une dissidence sur une question de droit.

A cause de ces facteurs, le rôle et l'interprétation de l'art. 613 étaient secondaires et la qualification juridique de cet article ne faisait pas partie de la *ratio decidendi* de la majorité. Par conséquent, pour disposer du présent pourvoi, je ne me sens pas lié par les commentaires faits dans l'arrêt *Dunlop et Sylvester*, précité, au sujet de l'art. 613. Mon opinion sur cette question est renforcée du fait que dans aucun des jugements mentionnés qui traitent de l'art. 613 on n'a cité ou analysé les arrêts auxquels j'ai référé.

Pour les motifs qui précèdent quant à la mauvaise utilisation des déclarations extrajudiciaires des coaccusés durant tout le procès, d'abord pendant le contre-interrogatoire de l'appellant, ensuite dans le réquisitoire au jury et enfin dans les directives du savant juge du procès au jury, je conclus qu'on a commis une erreur de droit grave et fondamentale et que l'on ne peut être sûr que, sans cette erreur répétée, un jury ayant reçu des directives appropriées serait nécessairement arrivé à la même conclusion en ce qui regarde l'appellant. Le sous-alinéa 613(1)(b)(iii) ne peut donc être invoqué dans ces circonstances et la déclaration de culpabilité ne peut être maintenue.

Vu mon opinion qu'il doit y avoir un nouveau procès, je ne traiterai pas des autres questions de

which arose at trial and in the dissent of O'Sullivan J.A. in the Court of Appeal. I do agree with the interpretation given by the majority in the Court of Appeal to the decision of this Court in *R. v. Trinneer*¹³.

I therefore would allow the appeal, set aside the judgment in the Court of Appeal, quash the conviction of the appellant McFall, and direct a new trial.

The judgment of Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and Pratte JJ. was delivered by

RITCHIE J.—I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared for delivery by my brother Estey, but I am nevertheless not persuaded that this appeal should be allowed. Having regard to the overwhelming evidence implicating the appellant in the murder of which he was convicted, the Court of Appeal was satisfied that this was a case in which, in spite of the errors of the trial judge referred to in the judgments below, there was no "substantial wrong or miscarriage of justice" and the provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* were properly applicable. In my view there was no error in law in the judgment, rendered on behalf of the Court of Appeal for Manitoba by Chief Justice Freedman, with which Guy, Monnin and Matas JJ. agreed.

I would accordingly dismiss this appeal.

Appeal dismissed, LASKIN C.J. and SPENCE and ESTEY JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: McCaffrey, Akman, Carr, Starr & Prober, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Department of the Attorney General, Winnipeg.

¹³ [1970] S.C.R. 638.

preuve soulevées au procès et dans la dissidence du juge O'Sullivan de la Cour d'appel. Je suis d'accord avec l'interprétation que la majorité de la Cour d'appel a donnée à l'arrêt *R. c. Trinneer*¹³.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel, d'annuler la déclaration de culpabilité de l'appellant McFall et d'ordonner un nouveau procès.

Version française du jugement des juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et Pratte rendu par

LE JUGE RITCHIE—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement rédigés par mon collègue le juge Estey, mais je ne suis pas convaincu que le présent pourvoi devrait être accueilli. Vu la preuve écrasante de la participation de l'appellant au meurtre dont il a été reconnu coupable, la Cour d'appel était persuadée, malgré les erreurs du juge du procès relevées dans les motifs de jugement qu'elle a exprimés, qu'il ne s'était produit «aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave» et que les dispositions du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* devaient s'appliquer. A mon avis, il n'y a eu aucune erreur de droit dans les motifs de l'arrêt que le juge en chef Freedman a rédigés pour la Cour d'appel du Manitoba et auxquels ont souscrit les juges Guy, Monnin et Matas.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LASKIN et les juges SPENCE et ESTEY étant dissidents.

Procureurs de l'appellant: McCaffrey, Akman, Carr, Starr & Prober, Winnipeg.

Procureurs de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Winnipeg.

¹³ [1970] R.C.S. 638.

Michael Daniel Mymryk *Applicant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1980: March 3.

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

SECOND APPLICATION FOR LEAVE TO APPEAL

Appeal — Practice — Leave to appeal denied — Motion for a rehearing of the application for leave — Rules of the Supreme Court of Canada, Rule 61.

MOTION for a rehearing of the application for leave which was denied on November 6, 1978. Motion dismissed.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—A motion for leave to appeal in this matter, involving a conviction of murder, came on for hearing before Justices Pigeon, Dickson and Beetz on November 6, 1978. The motion was denied at that time. On January 14, 1980, the applicant filed a new motion for a rehearing of the application for leave. The material in support suggests that the applicant wishes to have his application treated as a request to this Court to hear a fresh motion for leave or to rehear the original motion as if the application came within Rule 61 of the Rules of this Court.

This Court does not entertain successive applications for leave to appeal in the same case, even if the applicant was not out of time, as he plainly is in this case. Nor can the applicant rely on Rule 61 to found a claim for a rehearing. Rule 61 is confined to a discretionary authority in this Court to order a rehearing in an appeal not in an application for leave to appeal. The applicant's alternative requests are accordingly denied. I should add that this is the view of the full Court to which the applicant's alternative requests were referred.

Michael Daniel Mymryk *Requérant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1980: 3 mars.

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

SECONDE REQUÊTE EN AUTORISATION DE POURVOI

Appel — Pratique — Autorisation de pourvoi refusée — Requête pour une nouvelle audition de la demande d'autorisation — Règles de la Cour suprême du Canada, Règle 61.

REQUÊTE pour une nouvelle audition de la demande d'autorisation de pourvoi qui a déjà été rejetée le 6 novembre 1978. Requête rejetée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Dans la présente affaire où il s'agit d'une condamnation pour meurtre, une requête en autorisation de pourvoi a été entendue et rejetée par les juges Pigeon, Dickson et Beetz le 6 novembre 1978. Le 14 janvier 1980, le requérant a déposé une nouvelle requête afin d'obtenir une nouvelle audition de la demande d'autorisation. Les documents produits à l'appui de cette seconde demande font voir que le requérant souhaite que cette Cour la traite comme s'il s'agissait d'une seconde demande d'autorisation ou qu'elle permette une seconde audition de la requête primitive en vertu de la Règle 61 de cette Cour.

Cette Cour n'entend pas de demandes successives d'autorisation de pourvoi dans une même affaire et ce, même dans le délai réglementaire, ce qui n'est manifestement pas le cas en l'espèce. De plus, le requérant ne peut invoquer la Règle 61 pour fonder une demande de nouvelle audition. Cette règle ne vise que le pouvoir discrétionnaire d'ordonner une nouvelle audition d'un pourvoi et non d'une demande d'autorisation d'appeler. La demande est donc rejetée sous ses deux formes. J'ajoute qu'il s'agit là de l'opinion de tous les membres de la Cour réunis aux fins de considérer cette affaire.

Motion dismissed.

*Solicitors for the applicant: Robert La Haye
and Josée Ferrari, Montreal.*

*Solicitor for the respondent: Denis Robert,
St-Hyacinthe, Qué.*

Requête rejetée.

*Procureurs du requérant: Robert La Haye et
Josée Ferrari, Montréal.*

*Procureur de l'intimée: Denis Robert, St-Hya-
cinthe, Qué.*

The Minister of National Revenue *Appellant;*

and

Shofar Investment Corporation *Respondent.*

1979: January 29; 1979: October 2.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Taxation — Income tax — Sale of land — Vendor not dealing at arm's length — Computation of profit — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 12(3).

In April 1959, the respondent (Shofar) purchased a parcel of land from Lanber Investment Corporation (Lanber) at \$110,000 of which \$1,000 was paid in cash and the balance in nine annual instalments of \$11,000 each. In June 1960, when there still was an unpaid balance of \$98,000 on the purchase price, Shofar sold the parcel of land for \$250,000. At the time of the purchase and at the time of the sale, Shofar was not dealing at arm's length with Lanber. The sole question for determination is whether the difference between the cost price and the resale price (\$140,000) or, as contended by the Minister, the difference between moneys actually paid on the purchase price and the sale price (\$238,000) is profit. The Minister's assessment was sustained by the Trial Division of the Federal Court but reversed by the Federal Court of Appeal, from which judgment the present appeal to this Court is brought.

Held: The appeal should be dismissed.

The cost of an inventory item is not, in itself, "an otherwise deductible outlay or expense" for the computation of a taxpayer's income, and so it is not within the provisions of s. 12(3) of the *Income Tax Act*. The provisions of this subsection have reference to unpaid amounts of expenses incurred for services, such as salaries, rent and interest and do not apply to unpaid amounts for the purchase of assets.

Oryx Realty Corporation v. Minister of National Revenue, [1974] 2 F.C. 44, applied.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal reversing a judgment of the Trial Division¹. Appeal dismissed.

¹ [1972] F.C. 33.

Le ministre du Revenu national *Appelant;*

c.

Shofar Investment Corporation *Intimée.*

1979: 29 janvier; 1979: 2 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Vente de terrain — Vendeur ne traitant pas à distance — Calcul du profit — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 12(3).

En avril 1959, l'intimée (Shofar) a acheté un terrain de Lanber Investment Corporation (Lanber) pour \$110,000 dont \$1,000 ont été payés comptant et le solde était payable en neuf versements annuels de \$11,000 chacun. En juin 1960, alors qu'il restait un solde impayé de \$98,000 sur le prix d'achat, Shofar a vendu le terrain pour \$250,000. A l'époque de l'achat et à celle de la vente, Shofar ne traitait pas à distance avec Lanber. La seule question à trancher est celle de savoir si c'est la différence entre le coût et le prix de revente (\$140,000) ou, comme le prétend le Ministre, celle entre l'argent versé sur le prix d'achat et le prix de vente (\$238,000) qui constitue un profit. La cotisation établie par le Ministre a été confirmée par la Division de première instance de la Cour fédérale, mais ce jugement a été infirmé par la Cour d'appel fédérale. D'où le pourvoi à cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Le coût d'un bien en stock n'est pas en soi une «somme... déductible... déboursée ou dépensée» dans le calcul du revenu d'un contribuable et ne tombe donc pas sous le coup des dispositions du par. 12(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Les dispositions de ce paragraphe se rapportent à des montants impayés de dépenses subies pour des services tels des salaires, loyers et intérêts, et ne s'appliquent pas à des montants impayés découlant de l'achat d'éléments d'actif.

Arrêt appliqué: *Oryx Realty Corporation c. Le ministre du Revenu national*, [1974] 2 C.F. 44.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui a infirmé un jugement de la Division de première instance¹. Pourvoi rejeté.

¹ [1972] C.F. 33.

W. Lefebvre and Jacques Côté, for the appellant.

Philip F. Vineberg, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—The question in issue in this appeal is as to whether or not subs. (3) of s. 12 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, has any application in the assessment of income tax payable by the respondent (“Shofar”) in respect of Shofar’s 1960, 1961 and 1962 taxation years.

The facts are not in dispute, an agreed statement of facts having been filed before trial. The agreed facts are as follows.

Shofar was incorporated on June 11, 1958. On April 20, 1959, it purchased a parcel of land from Lanber Investment Corporation. At the time of the purchase, Shofar was not dealing at arm’s length with Lanber Investment Corporation.

The purchase price of the parcel of land was \$110,000 of which \$1,000 was paid in cash and the balance of \$109,000 was payable in nine annual instalments of \$11,000 each, with a final payment of \$10,000 due in 1970.

On June 15, 1960, Shofar sold the parcel of land for \$250,000, with a cash payment of \$35,000 and payments due on June 15 each year in varying amounts from 1961 to 1966. At the time of this sale, Shofar was not dealing at arm’s length with Lanber Investment Corporation.

Shofar followed an accrual system of accounting for tax purposes.

Subsection (3) of the *Income Tax Act*, in effect at the time relevant in these proceedings, provided as follows:

12. (3) In computing a taxpayer’s income for a taxation year, no deduction shall be made in respect of an otherwise deductible outlay or expense payable by the taxpayer to a person with whom he was not dealing at arm’s length if the amount thereof has not been paid before the day one year after the end of the taxation year; but, if an amount that was not deductible in computing the income of one taxation year by virtue of

W. Lefebvre et Jacques Côté, pour l’appellant.

Philip F. Vineberg, c.r., pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MARTLAND—Il s’agit en l’espèce de déterminer si le par. 12(3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148, s’applique à la cotisation d’impôt sur le revenu exigible de l’intimée («Shofar») à l’égard de ses années d’imposition 1960, 1961 et 1962.

Les faits ne sont pas contestés, un exposé conjoint des faits ayant été produit avant le procès. Les faits reconnus sont les suivants.

Shofar a été constituée le 11 juin 1958. Le 20 avril 1959, elle a acheté un terrain de Lanber Investment Corporation. A l’époque de l’achat, Shofar ne traitait pas à distance avec Lanber Investment Corporation.

Le prix d’achat du terrain était de \$110,000 dont \$1,000 ont été payés comptant et le solde de \$109,000 était payable en neuf versements annuels de \$11,000 chacun et un paiement final de \$10,000 en 1970.

Le 15 juin 1960, Shofar a vendu le terrain pour \$250,000, dont \$35,000 ont été payés comptant, le solde étant payable en montants variables dus le 15 juin de chaque année de 1961 à 1966. A l’époque de cette vente, Shofar ne traitait pas à distance avec Lanber Investment Corporation.

Shofar utilisait une comptabilité d’exercice pour fins d’impôt.

Le paragraphe (3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, en vigueur à l’époque pertinente en l’espèce, établissait ce qui suit:

12. (3) Dans le calcul du revenu d’un contribuable pour une année d’imposition, il n’est opéré aucune déduction à l’égard d’une somme, autrement déductible, déboursée ou dépensée et payable par le contribuable à une personne avec laquelle il ne traitait pas à distance, si le montant n’en a pas été versé avant le jour survenant un an après la fin de l’année d’imposition; mais, si un montant qui n’était pas déductible dans le calcul du

this subsection was subsequently paid, it may be deducted in computing the taxpayer's income for the taxation year in which it was paid.

There is no issue about taxability or otherwise in respect of its gain on the sale of the parcel of land. The sole question for determination is whether Shofar which bought the parcel of land at \$110,000 and resold it at \$250,000 should proceed on the basis of calculating its income in relationship thereto (subject to any other relevant deductions or reserves) at \$140,000, being the difference between the cost price and the resale, as contended by Shofar, or at \$238,000 gross profit as contended by the appellant ("Minister"). The position taken by the Minister is that, applying subs. 12(3), out of a total cost of \$110,000 for the land, only the \$1,000 paid in 1960 and the \$11,000 paid in 1961 should be allowed in the assessment for 1960 tax purposes and the remaining \$98,000 out of the total land cost should be disallowed because it was payable to a person with whom Shofar was not dealing at arm's length and was not paid before the day one year after the end of the taxation year.

An appeal by Shofar from the Minister's assessment was dismissed by the Tax Appeal Board, whose decision was sustained on appeal to the Trial Division of the Federal Court. Shofar's appeal from that decision to the Federal Court of Appeal was allowed, from which judgment the present appeal to this Court is brought.

The judgment of the Federal Court of Appeal was "that section 12(3) of the *Income Tax Act* has no application in respect of the cost of the land that was subject of the sale that gave rise to the profit that is the subject matter of the assessment".

This conclusion was obviously reached on the basis of an earlier judgment of the Federal Court of Appeal in *Oryx Realty Corporation v. Minister of National Revenue*². The *Oryx* case had been tried at the same time and by the same judge as

revenu d'une année d'imposition en vertu du présent paragraphe a été payé subséquemment, il peut être déduit dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année d'imposition où il a été payé.

Il n'y a aucun litige à l'égard de l'assujettissement à l'impôt du gain réalisé sur la vente du terrain. La seule question à trancher est celle de savoir si Shofar, qui a acheté le terrain \$110,000 et l'a revendu \$250,000, doit, comme elle le prétend, calculer le revenu qu'elle en a tiré (compte tenu de toutes autres déductions ou réserves pertinentes) sur un montant de \$140,000, soit la différence entre le coût et le prix de revente, ou sur un profit brut de \$238,000 comme le prétend l'appelant («le Ministre»). Suivant la thèse du Ministre, par application du par. 12(3), du coût total de \$110,000 pour le terrain, seule la déduction des \$1,000 payés en 1960 et des \$11,000 payés en 1961 devrait être accordée dans la cotisation d'impôt de 1960, et les \$98,000 restant à verser sur le coût total du terrain ne devraient pas être admis comme déduction parce qu'ils étaient payables à une personne avec laquelle Shofar ne traitait pas à distance et n'ont pas été versés avant le jour survenant un an après la fin de l'année d'imposition.

L'appel interjeté par Shofar de la cotisation établie par le Ministre a été rejeté par la Commission de révision de l'impôt dont la décision a été confirmée en appel à la Division de première instance de la Cour fédérale. La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel de Shofar de ce jugement, et c'est de cet arrêt que le présent appel est interjeté à cette Cour.

L'arrêt de la Cour d'appel fédérale porte que [TRADUCTION] «le paragraphe 12(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne s'applique pas au coût du terrain dont la vente a donné lieu au profit qui fait l'objet de la cotisation».

Cette conclusion est évidemment fondée sur un arrêt antérieur de la Cour d'appel fédérale, *Oryx Realty Corporation c. Le ministre du Revenu national*². En première instance, l'affaire *Oryx* avait été entendue par le même juge en même

² [1974] 2 F.C. 44.

² [1974] 2 C. F. 44.

the Shofar case. The judgment of the majority in the *Oryx* case was delivered by Chief Justice Jackett. Pratte J. expressed no opinion on the point now in issue, but concurred in allowing the *Oryx* appeal on a second ground, also adopted by the majority, which does not arise in the present case.

The reasons of Chief Justice Jackett for deciding that subs. 12(3) was not applicable in this case are contained in the following passage from his judgment, commencing at p. 47:

What we are concerned with here is "gross profit". "The law is clear . . . that for income tax purposes gross profit, in the case of a business which consists of acquiring property and re-selling it, is the excess of price over cost . . ." (see *M.N.R. v. Irwin*, [1964] S.C.R. 662, per Abbott J., delivering the judgment of the Court, at pages 664-65). Gross trading profit for a taxation year may be obtained by adding together the profits of the various transactions completed in the year or by adding together the prices at which sales were effected in the year and deducting the aggregate of the costs of the various things sold. Either of such methods would be suitable for a business consisting of relatively few transactions. In the ordinary trading business, however, the practice, which has hardened into a rule of law, is that profit for a year must be computed by deducting from the aggregate "proceeds" of all sales the "cost of sales" computed by adding a value placed on inventory at the beginning of the year to the cost of acquisitions in the year and deducting a value placed on inventory at the end of the year.

In considering what application section 12(3) has, there can be no doubt that "gross profit" must be computed before income can be determined and that, at least in the second method of computing "gross profit" indicated above, the price for which the property was bought is "deductible" in its computation. If, on the other hand, the computation of "income" for a taxation year is thought of as commencing with "gross profit" then the "cost" of the property bought is not an amount that is "deductible" in its computation. When, moreover, one thinks of applying section 12(3) to a trader whose transactions are so numerous or of such a character as to dictate the use of the proceeds of sales less cost of sales formula, then, in the "computation" of the "taxpayer's income for a taxation year" there is no deduction, at least as such, of the cost of the goods that were sold in the year. Presumably, however, section 12(3) is to have the same effect in relation to the

temps que l'affaire Shofar. Le jugement de la majorité dans l'arrêt *Oryx* a été rendu par le juge en chef Jackett. Le juge Pratte n'a exprimé aucune opinion sur le point maintenant en litige, mais a souscrit à l'arrêt infirmatif pour un second motif, également adopté par la majorité, qui ne se soulève pas en l'espèce.

Les raisons pour lesquelles le juge en chef Jackett a décidé que le par. 12(3) n'était pas applicable dans cette affaire se retrouvent dans le passage suivant de ses motifs, qui commence à la p. 47:

Ce qui nous intéresse en l'espèce est le «profit brut» [TRADUCTION] «D'après la Loi, il est clair . . . qu'aux fins de l'impôt sur le revenu dans le cas d'une entreprise consistant à acquérir des biens et les revendre, le profit brut est composé de l'excédent du prix de vente sur le coût . . .» (Voir l'arrêt *M.R.N. c. Irwin*, [1964] R.C.S. 662, le juge Abbott prononçant le jugement de la Cour, aux pages 664-65). On peut obtenir le profit brut d'exploitation pour une année d'imposition en additionnant les bénéfices tirés de différentes opérations, effectuées durant l'année ou en additionnant les montants des ventes de l'année et en en déduisant le coût total des différentes marchandises vendues. L'une ou l'autre de ces méthodes convient à une entreprise qui effectue relativement peu d'opérations. Dans l'entreprise commerciale ordinaire, cependant, l'usage, qui est devenu un principe de droit, veut qu'on calcule le profit d'une année en déduisant du «produit» total des ventes le «coût des ventes», calculé en ajoutant la valeur attribuée aux stocks au début de l'année au coût des acquisitions faites durant cette même année et en en déduisant la valeur attribuée aux stocks à la fin de l'année.

En considérant comment s'applique l'article 12(3), il ne fait aucun doute qu'il faut calculer le «profit brut» avant de pouvoir déterminer le revenu et qu'au moins en ce qui concerne la seconde méthode de calcul du «profit brut» susmentionnée, le prix d'achat du bien en question est «déductible» lors de son calcul. Par contre, si le calcul du «revenu» pour une année d'imposition est fondé uniquement sur le «profit brut», le «coût» du bien acheté n'est alors pas un montant «déductible» lors du calcul du revenu. Si, en outre, l'on songe à appliquer l'article 12(3) à un commerçant dont les opérations sont tellement nombreuses ou d'une nature telle qu'elles imposent l'utilisation de la formule produits des ventes moins le coût des ventes, on ne peut alors déduire, du moins à ce titre, le coût des marchandises vendues durant l'année dans le calcul du «revenu du contribuable pour une année d'imposition». Il est probable, cependant, que l'article 12(3) ait le même effet sur le calcul du revenu

computation of a taxpayer's income for a year regardless of the method that has to be used to compute "gross profit". With considerable hesitation, I have come to the conclusion that section 12(3) should be interpreted, in the case of business income, as referring to the computation of "income" or "profit" for a year from the "gross profit" for the year; and was not, therefore, applicable in the circumstances of this case. In reaching that conclusion, I am conscious that, in other contexts, for more than a century the general statements in the leading cases concerning business profits have treated the computation of profit as including the computation of gross profit. What has brought me to the opposite conclusion in the interpretation of section 12(3) is the necessity of giving such meaning to that subsection as will operate with consistency in the different circumstances to be encountered in the normal course of events.

I am in agreement with his conclusions.

Subsection (3) of s. 12 is concerned with an outlay or expense payable by a taxpayer to a person with whom the taxpayer is not dealing at arm's length, which would be "deductible" from his income except for the application of the subsection. A payment to be made by a trading corporation for an item of inventory is not, *per se*, deductible from income. As Chief Justice Jaccett points out, the practice "hardened into a rule of law" in the computation of the profit of a trading business is to deduct from the aggregate proceeds of all sales the cost of sales computed by adding the value placed on inventory at the beginning of the year to the cost of acquisitions to inventory during the year, less the value of inventory at the end of the year.

The Act, in subss. (2) and (3) of s. 14, contains mandatory provisions as to inventory valuation:

14. (2) For the purpose of computing income, the property described in an inventory shall be valued at its cost to the taxpayer or its fair market value, whichever is lower, or in such other manner as may be permitted by regulation.

(3) Notwithstanding subsection (2), for the purpose of computing income for a taxation year the property described in an inventory at the commencement of the year shall be valued at the same amount as the amount at which it was valued at the end of the immediately

d'un contribuable pour une année, quelle que soit la méthode qu'on doive utiliser pour calculer le «profit brut». Avec bien des hésitations, je conclus qu'on doit interpréter l'article 12(3) dans le cas d'un revenu d'entreprise, comme se rapportant au calcul du «revenu» ou «profit» tiré, durant une année, du «profit brut» pour ladite année; cet article ne s'applique donc pas aux circonstances de l'espèce. En concluant de la sorte, je suis conscient du fait que, dans des contextes différents, depuis plus d'un siècle, les arrêts qui font autorité en matière de profits d'entreprise, ont généralement considéré le calcul du profit d'entreprise comme incluant le calcul du profit brut. Cette conclusion opposée quant à l'interprétation de l'article 12(3) m'est imposée par la nécessité de donner à ce paragraphe une signification telle qu'il puisse s'appliquer de façon uniforme aux différents cas qui peuvent se présenter dans le cours normal des affaires.

Je partage ses conclusions.

Le paragraphe 12(3) vise une somme déboursée ou dépensée par un contribuable et payable à une personne avec laquelle il ne traite pas à distance, somme qui serait «déductible» de son revenu si ce paragraphe ne s'appliquait pas. Un paiement dû par une société commerciale pour un bien en stock n'est pas, en soi, déductible du revenu. Comme le souligne le juge en chef Jaccett, l'usage «qui est devenu un principe de droit» dans le calcul du profit d'une entreprise commerciale, veut qu'on déduise du produit total des ventes le coût des ventes, calculé en ajoutant la valeur attribuée aux stocks au début de l'année au coût des acquisitions durant l'année, moins la valeur de l'inventaire à la fin de l'année.

Les paragraphes (2) et (3) de l'art. 14 de la Loi contiennent des dispositions impératives relativement à l'évaluation des stocks:

14. (2) Aux fins du calcul du revenu, les biens décrits dans un inventaire doivent être évalués à leur prix coûtant pour le contribuable ou à leur juste valeur marchande, selon le moindre des deux, ou de telle autre manière que les règlements peuvent autoriser.

(3) Nonobstant le paragraphe (2), aux fins du calcul du revenu pour une année d'imposition, les biens décrits dans un inventaire au commencement de l'année doivent être évalués au même montant que celui auquel ils l'ont été à l'expiration de l'année précédente, aux fins du

preceding year for the purpose of computing income for that preceding year.

The value of inventory, which is used in determining profit, is determined on the basis of cost or fair market value, whichever is lower, or in such other manner as may be permitted by regulation. By virtue of subs. 14(2), therefore, the cost of an inventory item is a factor which has relevance in determining inventory value. To that extent it can affect the ascertainment of the gross profit of the business, but it is not, in itself, deductible from the taxpayer's income. It is not, in itself, a "deductible outlay or expense" and is not within the provisions of subs. 12(3).

The standard accounting approach is illustrated in *Gilmour Income Tax Handbook 1967-1968* at pp. 205-208 (and corresponding provisions in earlier volumes). As stated at p. 207 in commenting on subs. 12(3):

It would seem that the provisions of this Section can have reference only to unpaid amounts of expenses incurred for services, such as salaries, rents, interest and the like, and can have no application to unpaid amounts arising out of the purchase of assets, whether these be assets such as stock-in-trade, whose cost is eventually absorbed against income on resale, or depreciable assets whose cost is absorbed against income by capital cost allowances.

The provisions of this Section only apply "whether an amount in respect of a deductible outlay or expense that was owing by a taxpayer . . . is unpaid at the end of that second year". The word "outlay" normally refers to an amount which is laid out or which is paid, and it is difficult to conceive of an unpaid outlay. Accordingly, it appears that the Section applies only to an unpaid expense and few accountants would concede that the cost price of an asset, such as inventory, can be applied against revenues until the asset has been resold in normal trading operations.

I am in agreement with this approach to the application of subs. 12(3).

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

calcul du revenu pour cette année précédente.

La valeur des stocks, utilisée pour établir le profit, est calculée sur la base du prix coûtant ou de la juste valeur marchande, selon le moindre des deux, ou de telle autre manière que les règlements peuvent autoriser. Donc, en vertu du par. 14(2), le coût d'un bien en stock est un facteur pertinent quand il s'agit d'établir la valeur des stocks. Il peut, dans cette mesure, modifier le calcul du profit brut de l'entreprise, mais il n'est pas, en soi, déductible du revenu du contribuable. Ce n'est pas, en soi, une «somme . . . déductible . . . déboursée ou dépensée» et ne tombe pas sous le coup des dispositions du par. 12(3).

Le Gilmour Income Tax Handbook 1967-1968 illustre, aux pp. 205 à 208 (et dans des dispositions correspondantes des volumes antérieurs) la méthode comptable type. On y lit à la p. 207 à propos du par. 12(3):

[TRADUCTION] Il semble que les dispositions de ce paragraphe ne peuvent se rapporter qu'à des montants impayés de dépenses subies pour des services tels les salaires, loyers, intérêts, et autres choses de même nature, et ne peuvent s'appliquer à des montants impayés découlant de l'achat d'éléments d'actif, qu'il s'agisse de stocks de marchandises dont le coût est éventuellement déduit du revenu tiré de la revente, ou d'éléments d'actif amortissables dont le coût est déduit du revenu au moyen de déductions pour amortissement.

Les dispositions de ce paragraphe ne s'appliquent que «lorsqu'un montant dû par un contribuable à l'égard d'une somme déductible déboursée ou dépensée . . . est impayée à la fin de cette seconde année». L'expression «somme déboursée» se réfère habituellement à un montant qui est déboursé ou payé et il est difficile de concevoir un déboursé impayé. En conséquence, le paragraphe paraît s'appliquer seulement à une dépense impayée et rares sont les comptables qui admettraient que le coût d'un élément d'actif, comme un bien en stock, peut être déduit du revenu avant qu'il n'ait été revendu dans le cours normal des affaires.

Je suis d'accord avec cette façon d'appliquer le par. 12(3).

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

Pourvoi rejeté avec dépens.

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

*Solicitors for the respondent: Phillips & Vine-
berg, Montreal.*

Procureur de l'appelant: Roger Tassé, Ottawa.

*Procureurs de l'intimée: Phillips & Vineberg,
Montréal.*

Compo Company Limited (*Defendant*)
Appellant;

and

**Blue Crest Music Inc., Husky Music Inc. and
Acuff-Rose Publications, Inc.** (*Plaintiffs*)
Respondents.

1979: January 29, 30; 1979: October 2.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

*Copyright — Liability of person pressing records
from master disc prepared by a third party — Meaning
of “make a record” — Infringement of copyright of
owner — Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, as
amended, ss. 3, 4, 10, 12, 17, 19.*

The appellant Compo Company Limited (Compo) entered into a contract with Canusa Records Inc. (Canusa) whereby Compo would press records for Canusa from a master acetate provided by the latter. Canusa obtained no licence from the respondents, the holders of the mechanical rights in the copyrighted work; nor did it obtain a statutory licence under s. 19 of the *Copyright Act*. Similarly Compo, as the presser of the records held no licence or grant of right either contractual or statutory for the production of the records. It was found at trial that Canusa had committed a breach of the respondents' right under the *Copyright Act* and the question is now whether Compo has done so as well. In the Trial Division of the Federal Court Compo was exonerated on the ground that it did not “sell” records and therefore did not come within s. 19(1)(b) of the Act, and by reason that Compo would not know what royalties were payable under s. 19, Canusa alone having the information from which to determine the number of records sold to the public. The Court of Appeal, in allowing the appeal against the dismissal of the claim, took the view that while Canusa “caused” Compo to make the records and thereby infringed the respondents' copyright, Compo itself had, without the permission of the respondents who had the sole right to make the contrivances (records) in question, “made” the records. Hence the appeal to this Court.

Compo Company Limited (*Défenderesse*)
Appelante;

et

**Blue Crest Music Inc., Husky Music Inc. et
Acuff-Rose Publications, Inc.**
(*Demandereses*) *Intimées.*

1979: 29 et 30 janvier; 1979: 2 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit d'auteur — Responsabilité de la personne qui
presse des disques en utilisant une matrice préparée par
un tiers — Signification de «confectionner une
empreinte» — Violation du droit d'auteur du titulaire
— Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1970, chap. C-30,
et ses modifications, art. 3, 4, 10, 12, 17, 19.*

L'appelante Compo Company Limited (Compo) a conclu avec Canusa Records Inc. (Canusa) un contrat aux termes duquel elle s'engageait à presser des disques pour Canusa en utilisant une matrice en acétate fournie par cette dernière. Canusa n'avait obtenu aucune licence de la part des intimées, titulaires des droits mécaniques sur l'œuvre protégée par le droit d'auteur; elle n'avait pas non plus obtenu la licence prévue à l'art. 19 de la *Loi sur le droit d'auteur*. De même, Compo ne détenait, à titre de responsable du pressage des disques, aucune licence ni aucune cession de droit, par contrat ou par l'opération de la loi, l'autorisant à produire les disques. Le tribunal de première instance a conclu que Canusa avait violé le droit que détenait les intimées en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur* et il s'agit maintenant de décider si c'est également le cas de Compo. En Division de première instance de la Cour fédérale, Compo a été exonérée parce qu'elle n'avait pas «vendu» de disques, de sorte que l'al. 19(1)(b) ne lui était pas applicable, et parce que Compo ne pouvait connaître les tantièmes payables en vertu de l'art. 19 puisque Canusa était la seule à détenir les renseignements à partir desquels la quantité de disques vendus pouvait être établie. En accueillant l'appel du jugement qui avait rejeté la réclamation, la Cour d'appel a estimé que même si c'est Canusa qui avait «fait» confectionner les disques à Compo, en contravention du droit d'auteur des intimées, c'est Compo elle-même qui a «confectionné» les disques sans l'autorisation des intimées titulaires du droit exclusif de confectionner les organes (les disques) en question. D'où le pourvoi devant cette Cour.

Held: The appeal should be dismissed.

The simple question is, did Compo, by taking the master acetate from Canusa and making therefrom the moulds and stampers, "make [a] record" within the meaning of ss. 3 and 17 of the *Copyright Act* and thereby infringe the copyright in the musical work of the respondents?

In the context of s. 3 of the Act the verb "to make" includes the direct sense of physically causing the record to come into being. The person who by means of stampers, dies or other devices and procedures, forms plastics and other materials into discs, and imprints thereon grooves and tracks "by means of which the work may be mechanically performed", has thereby within the meaning of s. 3(1)(d) made a record. Having determined that Compo did indeed "make" the record, Compo thereby, wittingly or unwittingly, breached the respondents' sole right as the owner of the copyright and is liable under the Act.

Ash et al. v. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd., et al., [1936] 2 All E.R. 1496; *Baschet v. London Illustrated Standard Company*, [1900] 1 Ch. D. 73; *G. Ricordi & Co., Inc. v. Columbia Graphophone Co.* (1920), 270 F. 822; *Edward B. Marks Music Corporation v. Foullon* (1948), 79 F. Supp. 664, affirmed (1949), 171 F. 2d 905; *Reeve Music Co., Inc., and Robbins Music Corporation v. Crest Records, Inc. and Shelley Products Ltd.* (1960), 285 F. 2d 546; *Pickwick Music Corporation, et al. v. Record Productions, Inc.* (1968), 292 F. Supp. 39; *Leo Feist, Inc. et al. v. Apollo Records et al.* (1969), 300 F. Supp. 32, affirmed (1960), 418 F. 2d 1249; *Columbia Records of Canada Ltd. v. M.N.R.* (1971), 71 DTC 5486; *R. v. Canadian Pacific Railway Company*, [1971] S.C.R. 821; *Rexair of Canada Limited v. The Queen*, [1958] S.C.R. 577, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal reversing a judgment of the Trial Division which had dismissed a claim for copyright infringement. Appeal dismissed.

D. J. Wright, Q.C., and *D. H. MacOdrum*, for the appellant.

R. T. Hughes, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—Arising out of a rather complex set of facts is the simple issue as to whether a person who presses phonograph records thereby infringes

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

L'unique question consiste à déterminer si en utilisant la matrice en acétate fournie par Canusa pour produire des moules, Compo a «confectionné [une] empreinte» au sens des art. 3 et 17 de la *Loi sur le droit d'auteur* et a en conséquence violé le droit d'auteur des intimées sur l'oeuvre musicale en question?

Dans le contexte de l'art. 3 de la Loi, le verbe «confectionner» comprend le sens premier de donner existence au disque. La personne qui, à l'aide de moules, de matrices et d'autres moyens et procédés, transforme le plastique et d'autres matières en un disque et qui, par pressage, y creuse des sillons «à l'aide desquels l'oeuvre pourra être exécutée mécaniquement», confectionne un disque au sens de l'al. 3(1)d). Ayant décidé que Compo a effectivement «confectionné» le disque, Compo a de ce fait, en connaissance de cause ou non, violé le droit exclusif des intimées en tant que titulaires du droit d'auteur et est responsable en vertu de la Loi.

Jurisprudence: *Ash et al. v. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd., et al.*, [1936] 2 All E.R. 1496; *Baschet v. London Illustrated Standard Company*, [1900] 1 Ch. D. 73; *G. Ricordi & Co., Inc. v. Columbia Graphophone Co.* (1920), 270 F. 822; *Edward B. Marks Music Corporation v. Foullon* (1948), 79 F. Supp. 664, confirmé (1949), 171 F. 2d 905; *Reeve Music Co., Inc., and Robbins Music Corporation v. Crest Records, Inc. and Shelley Products Ltd.* (1960), 285 F. 2d 546; *Pickwick Music Corporation, et al. v. Record Productions, Inc.* (1968), 292 F. Supp. 39; *Leo Feist, Inc. et al. v. Apollo Records et al.* (1969), 300 F. Supp. 32, confirmé (1960), 418 F. 2d 1249; *Columbia Records of Canada Ltd. v. M.N.R.* (1971), 71 DTC 5486; *R. c. Canadian Pacific Railway Company*, [1971] R.C.S. 821; *Rexair of Canada Limited c. La Reine*, [1958] R.C.S. 577.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale infirmant un jugement de la Division de première instance qui a rejeté une réclamation pour violation de droit d'auteur. Pourvoi rejeté.

D. J. Wright, c.r., et *D. H. MacOdrum*, pour l'appelante.

R. T. Hughes, pour les intimées.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—Même s'il résulte d'une série de faits assez compliquée, ce pourvoi soulève uniquement la question de savoir si la personne qui

the exclusive rights granted by s. 3 of the *Copyright Act*, R.S.C. 1970, c. C-30, to the holder of the copyright in the musical work in question when such pressing is done without the consent of the copyright owner or without a statutory licence under s. 19 of the *Copyright Act*.

The essential facts are these. The appellant Compo Company Limited (the defendant in these proceedings), hereinafter referred to as Compo, entered into a contract with Canusa Records Inc., hereinafter referred to as Canusa, whereby Compo would press records for Canusa. In the sequence of production of these records, Canusa first caused to be produced by other contractors a master tape on which was recorded a French version of a copyrighted musical work, namely the song "There Goes My Everything". From this tape other contractors produced a master acetate which is an aluminum disc coated with a cellulose acetate on which is cut in fine grooves a track which when placed in audio reproduction equipment would produce an audio representation of the aforementioned musical work. Compo, utilizing the master acetate, produced a series of moulds and stampers or dies which they ultimately used in stamping equipment to produce the records in quantities as ordered by Canusa.

We are not here concerned with the detailed participation in the production of this master acetate by various other persons starting with the musicians and culminating in the engineers and technicians who actually produced the master acetate. It should be noted, however, that in this transitional stage, there is produced a tape recording of the musical work from which the stamping device is ultimately produced. By playing this tape recording, the musical work could be acoustically performed but the purpose of the tape is entirely technical and transitional in the sequence of events from the performance of the musical works in the recording studio by musicians to the delivery of the record for retail sale.

Canusa obtained no licence from the holders of the mechanical rights in the copyrighted work; nor did it obtain a statutory licence under s. 19 of the

presse des disques phonographiques viole de ce fait les droits exclusifs accordés en vertu de l'art. 3 de la *Loi sur le droit d'auteur*, S.R.C. 1970, chap. C-30 au titulaire d'un droit d'auteur sur une œuvre musicale lorsque ce pressage est effectué sans le consentement du titulaire du droit d'auteur ou sans la licence prévue à l'art. 19 de la *Loi sur le droit d'auteur*.

Voici les faits essentiels. L'appelante Compo Company Limited (la défenderesse en première instance), ci-après appelée Compo, a conclu avec Canusa Records Inc., ci-après appelée Canusa, un contrat aux termes duquel elle s'engageait à presser des disques pour Canusa. Pour produire ces disques, Canusa a d'abord fait enregistrer par d'autres sur une bande originale la version française de l'œuvre musicale «*There Goes My Everything*» protégée par un droit d'auteur. Se servant de cette bande, d'autres entrepreneurs ont produit une matrice en acétate, qui est une plaque circulaire en aluminium recouverte d'une couche d'acétate de cellulose sur laquelle de minces sillons sont creusés; insérée dans un système de reproduction du son, la matrice donne une représentation sonore de l'œuvre musicale enregistrée. Utilisant cette matrice en acétate, Compo a réalisé une série de moules et de matrices qui, par pressage, ont à leur tour permis de produire le nombre de disques demandé par Canusa.

Il n'y a pas lieu d'examiner la participation des différents intermédiaires dans la production de cette matrice en acétate, c.-à-d. des musiciens et des ingénieurs du son et techniciens qui en ont véritablement permis la réalisation. Il convient toutefois de souligner que l'enregistrement de l'œuvre musicale sur une bande magnétique réalisée au cours de cette étape intermédiaire permet de produire la matrice de pressage. Cette bande magnétique contient l'enregistrement de l'œuvre musicale, mais la confection de cette bande a un but purement technique et n'est qu'une étape entre l'exécution des œuvres musicales par les musiciens dans le studio d'enregistrement et la livraison du disque pour la vente au détail.

Canusa n'avait obtenu aucune licence de la part des titulaires des droits mécaniques sur l'œuvre protégée par le droit d'auteur; elle n'avait pas non

Copyright Act. Similarly, Compo, as the presser of these records held no licence or grant of right either contractual or statutory for the production of these records. It was found at trial that Canusa had committed a breach of the right of the respondent under the *Copyright Act* and the question now raised in these proceedings is whether Compo has done so as well.

The case turns around the interpretation of several sections of the *Copyright Act* of Canada, the principal ones being ss. 3, 4, 10, 12, 17 and 19. Section 3 provides as follows:

3. (1) For the purposes of this Act, "copyright" means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform, or in the case of a lecture to deliver, the work or any substantial part thereof in public; if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof; and includes the sole right

*(d) in the case of a literary, dramatic, or musical work, to make any record, perforated roll, cinematograph film, or other contrivance by means of which the work may be mechanically performed or delivered;

and to authorize any such acts as aforesaid.

Narrowly phrased in terms of the language of the section, the question is, did Compo by its action "make any record . . . by means of which the work may be mechanically performed or delivered"? That the detailed provisions of this statute should be interpreted in the context in which those detailed provisions are found and, so far as possible, consistent with the many related portions of the statute, requires no citation of authority. Section 4 is related to the provisions of s. 3, particularly subs. (3) thereof which provides:

*Subsections (a), (b), (c), (e) and (f) are not here in question and there is nothing contained therein of interpretative assistance.

plus obtenu la licence prévue à l'art. 19 de la *Loi sur le droit d'auteur*. De même, Compo ne détenait, à titre de responsable du pressage des disques, aucune licence ni aucune cession de droit, par contrat ou par l'opération de la loi, l'autorisant à produire ces disques. Le tribunal de première instance a conclu que Canusa avait violé le droit que détenait l'intimée en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur* et il s'agit maintenant de décider si c'est également le cas de Compo.

La solution de ce litige dépend de l'interprétation de plusieurs dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* du Canada, les principales étant les art. 3, 4, 10, 12, 17 et 19. L'article 3 dispose:

3. (1) Pour les fins de la présente loi, le «droit d'auteur» désigne le droit exclusif de produire ou de reproduire une œuvre, ou une partie importante de celle-ci, sous une forme matérielle quelconque, d'exécuter ou de représenter ou, s'il s'agit d'une conférence, de débiter, en public, et si l'œuvre n'est pas publiée, de publier l'œuvre ou une partie importante de celle-ci; ce droit comprend, en outre, le droit exclusif

*d) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale, de confectionner toute empreinte, tout rouleau perforé, film cinématographique ou autres organes quelconques, à l'aide desquels l'œuvre pourra être exécutée ou représentée ou débitée mécaniquement;

le droit d'auteur comprend aussi le droit exclusif d'autoriser les actes mentionnés ci-dessus.

Formulée d'après le texte de l'article, la question litigieuse est la suivante: Compo a-t-elle «confectionné une empreinte . . . à l'aide de laquelle l'œuvre pourra être exécutée ou représentée ou débitée mécaniquement»? Aucune citation jurisprudentielle n'est nécessaire pour expliquer qu'il faut interpréter ces dispositions précises d'après leur contexte et, dans la mesure du possible, conformément aux nombreuses parties de la loi avec lesquelles elles ont un lien. L'article 4 est lié à l'art. 3, surtout son par. (3) qui dispose:

* Les alinéas a), b), c), e) et f) ne sont pas pertinents en l'espèce et ne sont d'aucune utilité du point de vue interprétation.

(3) Subject to subsection (4)*, copyright shall subsist for the term hereinafter mentioned in records, perforated rolls, and other contrivances by means of which sounds may be mechanically reproduced, in like manner as if such contrivances were musical, literary or dramatic works.

Section 10, in establishing the term of the copyright in the record also provides in part that "the person who was the owner of such original plate at the time when such plate was made shall be deemed to be the author of such contrivance . . .". Earlier in the same section, plate is referred to as "the original plate from which the contrivance was directly or indirectly derived . . .", which, in the facts now before the Court, would include the master acetate from which ultimately was produced the stamper used to stamp out the records. Furthermore, the word "plate" is defined in s. 2 as including "any stereotype or other plate, stone, block, mould, matrix, transfer, or negative used or intended to be used for printing or reproducing copies of any work, and any matrix or other appliance by which records, perforated rolls, or other contrivances for the acoustic representation of the work, are or are intended to be made;". (Underlining added.)

Section 12(1) establishes that the author of a work shall be the first owner of the copyright in such work. Thus when ss. 10 and 12 are read together, the owner of the plate when made shall be deemed to be the author of the work in which copyright arising under s. 4(3) shall subsist, and which in our case is a record.

The infringement of the statutory right known as the copyright is described in s. 17(1) of the statute as follows:

17. (1) Copyright in a work shall be deemed to be infringed by any person who, without the consent of the owner of the copyright, does anything that, by this Act, only the owner of the copyright has the right to do.

The acts excluded from the definition of infringement, set out in subs. (2), are not relevant to these

* The provisions of subs. (4) add nothing to subs. (3) for the purposes of this appeal. Subsection (3) was amended after the commencement of these proceedings by the addition of the opening words "Subject to subsection (4)". Thus subs. (3) brings into being another copyright, that is in the record itself, where a musical work in which copyright subsists under 3. is recorded.

(3) Sous réserve du paragraphe (4)*, le droit d'auteur existe pendant le temps ci-après mentionné, à l'égard des empreintes, rouleaux perforés et autres organes à l'aide desquels des sons peuvent être reproduits mécaniquement, comme si ces organes constituaient des œuvres musicales, littéraires ou dramatiques.

L'article 10, qui établit la durée d'un droit d'auteur sur l'empreinte, prévoit également que «la personne qui était le propriétaire de cette planche originale au moment où cette dernière a été faite est réputée l'auteur de cet organe . . .». Quelques lignes plus haut, le même article dit au sujet du mot «planche»: «la planche originale dont l'organe est tiré directement ou indirectement . . .», ce qui, en l'espèce, comprend la matrice en acétate utilisée pour obtenir la matrice qui a servi à réaliser les empreintes. En outre, l'art. 2 définit comme suit le mot «planche»: «comprend toute planche stéréotypée ou autre, pierre, moule, matrice, cliché, transposition ou épreuve négative servant ou destinée à servir à l'impression ou à la reproduction d'exemplaires d'une œuvre, ainsi que toute matrice ou autre pièce à l'aide de laquelle des empreintes, rouleaux perforés ou autres organes utilisés pour la reproduction sonore de l'œuvre sont confectionnés ou destinés à l'être;». (C'est moi qui souligne.)

Le paragraphe 12(1) prévoit que l'auteur d'une œuvre est le premier titulaire du droit d'auteur sur cette œuvre. En conséquence, lus ensemble, les art. 10 et 12 établissent que le propriétaire d'une planche est réputé l'auteur de l'œuvre protégée par un droit d'auteur en vertu du par. 4(3); dans le présent cas, cette œuvre est l'empreinte.

Voici en quels termes le par. 17(1) décrit la violation de ce droit créé par la loi et appelé droit d'auteur:

17. (1) Est considéré comme ayant porté atteinte au droit d'auteur sur une œuvre, quiconque, sans le consentement du titulaire de ce droit, exécute un acte qu'en vertu de la présente loi seul ledit titulaire a la faculté d'exécuter.

Il n'y a pas lieu d'examiner les actes énumérés au par. (2) qui ne constituent pas une violation. Il est

* Aux fins du présent pourvoi, les dispositions du par. (4) n'ajoutent rien au par. (3). Le paragraphe (3) a été modifié après le début des présentes procédures par l'addition des mots introductifs «sous réserve du paragraphe (4)». Le paragraphe (3) crée donc un autre droit d'auteur, le droit d'auteur sur l'empreinte elle-même, lorsqu'une œuvre musicale protégée par un droit d'auteur est enregistrée.

proceedings. The reference to rights created in the owner of the copyright includes, of course, the rights flowing from ss. 3 and 4(3).

With the advent of the commercial development of the phonograph and the consequent large-scale production of phonograph records, amendments to the international copyright treaties ensued and in due course found their way into the *Copyright Act* of the United Kingdom which for many years applied in this country, and ultimately were embodied in the first complete code of copyright law in Canada enacted in 1921 as *The Canadian Copyright Act, 1921*, S.C., c. 24. One of the changes initiated to meet the situation created by the advent of the phonograph record is found in the present s. 19 which provides in part as follows:

19. (1) It shall not be deemed to be an infringement of copyright in any musical, literary or dramatic work for any person to make within Canada records, perforated rolls, or other contrivances, by means of which sounds may be reproduced and by means of which the work may be mechanically performed, if such person proves

(a) that such contrivances have previously been made by, or with the consent or acquiescence of, the owner of the copyright in the work; and

(b) that he has given the prescribed notice of his intention to make the contrivances, and that there has been paid in the prescribed manner to, or for the benefit of, the owner of the copyright in the work royalties in respect of all such contrivances sold by him, as hereinafter mentioned.

*

(3) For the purposes of subsection (1), a musical, literary or dramatic work shall not be deemed to include a contrivance by means of which sounds may be mechanically reproduced.

(5) The royalty mentioned in subsection (1) shall be two cents for each playing surface of each such record

* Subsections (2), (4), (6), (8), (9) and (10) have been omitted as their terms add nothing to the issues arising in this appeal except for a few words of subs. (9) which are discussed later. Section 19 is of course not directly relevant in the disposition of this appeal because neither Canusa nor Compo availed themselves of its provisions by giving notice to the owners of the copyright and tendering fees. Section 19 is, however, of relevance in considering the reach and breadth of the grant of rights in ss. 3 and 4 as set out above.

manifeste que les droits conférés au titulaire d'un droit d'auteur comprennent les droits découlant des art. 3 et 4(3).

La commercialisation du phonographe et l'importante production de disques phonographiques qui s'ensuivit ont entraîné des modifications aux traités internationaux sur le droit d'auteur, puis à la *Copyright Act* du Royaume-Uni qui s'est longtemps appliquée ici, modifications qui se sont finalement retrouvées dans le premier code complet sur le droit d'auteur au Canada, la *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*, S.C. 1921, chap. 24. L'une des modifications entraînées par l'invention du disque phonographique est contenue dans l'actuel art. 19 qui dispose notamment:

19. (1) N'est pas considéré comme une violation du droit d'auteur sur une œuvre musicale, littéraire ou dramatique, le fait de confectionner, au Canada, des empreintes, rouleaux perforés ou autres organes au moyen desquels des sons peuvent être reproduits et l'œuvre exécutée ou représentée mécaniquement, lorsque celui qui les confectionne prouve

a) que de tels organes ont été fabriqués antérieurement par le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre, ou avec son consentement ou assentiment; et

b) qu'il a fait la notification prescrite de son intention de confectionner les organes et qu'il a été payé, de la manière prescrite, au titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre, ou pour son compte, des tantièmes par rapport à tous ces organes vendus par lui, tels qu'ils sont mentionnés ci-après.

*

(3) Pour les fins du paragraphe (1), une œuvre musicale, littéraire ou dramatique n'est pas censée comprendre un organe au moyen duquel des sons peuvent être reproduits mécaniquement.

(5) Le tantième mentionné au paragraphe (1) est de deux cents pour chaque face de reproduction de toute

* Les paragraphes (2), (4), (6), (8), (9) et (10) ont été omis parce qu'à l'exception de quelques mots du par. (9) qui seront analysés plus loin, ils ne sont pas pertinents en l'espèce. Il est évident que l'art. 19 ne s'applique pas directement parce que ni Canusa ni Compo ne se sont prévalues de ses dispositions en donnant un avis aux titulaires du droit d'auteur et en payant les tantièmes exigés. L'article 19 est cependant pertinent pour déterminer la portée et l'effet de la cession des droits prévus aux art. 3 et 4 susmentionnés.

and two cents for each such perforated roll or other contrivance.

(7) When any such contrivances by means of which a literary, dramatic or musical work may be mechanically performed have been made, then for the purposes of this section, the owner of the copyright in the work shall, in relation to any person who makes the prescribed inquiries, be deemed to have given his consent to the making of such contrivances if he fails to reply to such inquiries within the prescribed time.

Against this background of statutory provisions and the factual relationships between Canusa and Compo, the question to be resolved is simply whether Compo has infringed the rights of the plaintiff by its activities which resulted in the delivery of records to Canusa pursuant to the contract or arrangement between the parties. Bearing in mind the age of the legislation both here and in the United Kingdom, it is surprising to find that the issue so raised has not been before the courts in either country. There is, however, some jurisprudence in the United States Federal Courts to which I will make reference shortly.

Canusa was a defendant in the original action and was found by the trial judge to be an infringer. An appeal by Canusa was dismissed by the Federal Court of Appeal and its liability is not in issue in these proceedings. Compo was successful at trial and an appeal was taken by the plaintiffs against the dismissal of the claim against Compo by the Trial Division. This appeal the Court of Appeal allowed.

The learned trial judge appears to have exonerated Compo largely on the ground that Compo did not "sell" records and therefore did not come within s. 19(1)(b), and by reason of the further practical consideration that Compo would not know the royalties payable under s. 19 because Canusa alone had the accounting information from which to determine the net number of records sold to the public. This consideration was not dealt with by the Court of Appeal. The Court of Appeal took the view that while Canusa "caused" Compo to make the records and thereby infringed the respondents' copyright, Compo, without the permission of the respondents who had the

semblable empreinte, et de deux cents pour chaque rouleau perforé ou autre organe.

(7) Lorsque des organes servant à l'exécution mécanique d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale ont été confectionnés, le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre est, pour les fins du présent article et à l'égard de quiconque lui adresse les requêtes prescrites, censé avoir donné l'autorisation de confectionner lesdits organes, s'il ne répond pas à ces requêtes dans le délai prévu.

A la lumière de ces dispositions législatives et des liens entre Canusa et Compo, il s'agit uniquement de déterminer si Compo a violé les droits de la demanderesse en produisant et livrant des disques à Canusa, conformément au contrat ou à l'entente conclue par les parties. Compte tenu de l'ancienneté de cette législation, ici et au Royaume-Uni, il est étonnant de constater que cette question n'a jamais été soumise aux tribunaux dans l'un ou l'autre pays. Il existe cependant une certaine jurisprudence des cours fédérales des États-Unis sur laquelle je reviendrai sous peu.

Canusa était défenderesse en première instance et le juge l'a déclarée coupable de contrefaçon. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel de Canusa et sa responsabilité n'est pas en cause en l'espèce. La Division de première instance a rejeté l'action intentée contre Compo et les demanderesses ont interjeté appel de ce jugement. La Cour d'appel a accueilli cet appel.

Le savant juge de première instance semble avoir exonéré Compo en grande partie parce qu'elle n'avait pas «vendu» de disques, de sorte que l'al. 19(1)(b) ne lui était pas applicable, et parce qu'en pratique Compo ne pouvait connaître les tantièmes payables en vertu de l'art. 19 puisque Canusa était la seule à détenir les renseignements comptables à partir desquels la quantité exacte de disques vendus pouvait être établie. La Cour d'appel ne s'est pas arrêtée sur ce point. Elle a plutôt estimé que même si c'est Canusa qui avait «fait» confectionner les disques à Compo, en contravention du droit d'auteur des intimées, il n'en demeure pas moins que c'est Compo qui a «confectionné» les

sole right to make the contrivances (records) in question, "made" the records.

It is helpful in analyzing the relationship between the record publisher and presser in the field of musical works to examine the parallel relationship between the printer and the publisher in the field of literary works. The Court of Appeal in England in *Ash et al. v. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd., et al.*¹, considered the position of the printer who, under an arrangement with the publisher, printed a copyright work. It was clear that the printer had no intention of infringing the copyright of the plaintiff/author and apparently relied upon the publisher to obtain any licences which might be necessary or, alternatively, to ascertain whether or not the work in question infringed a work in which copyright resided. The Court found that the printer and the publisher were in very different positions under the *Copyright Act*.

They [the printers] committed one separate tort of printing, apart altogether from the authorisation of printing by the publishers. The *injuria* which the plaintiffs suffered at their hands is different from the *injuria* at the hands of author and publishers, though the *damnum* might have been the same . . .

(*Per Slessor L.J.* at pp. 1500, 1501.)

Greene L.J. put it this way at pp. 1507, 1508:

Under the *Copyright Act*, 1911, s. 1(2), the rights of the owner of copyright are set out. A number of acts are specified, the sole right to do which is conferred on the owner of the copyright. The right to do each of these acts is, in my judgment, a separate statutory right, and anyone who without the consent of the owner of the copyright does any of these acts commits a tort; if he does two of them, he commits two torts, and so on. Now at the end of the list of acts there is added the words (which must be prefaced by the words "the sole right"): "To authorise any such acts as aforesaid." The statute in terms treats the right to authorise as a separate right, different from the other rights specifically enumerated. It is not, in my humble judgment, correct to say that the words "to authorise any such acts as aforesaid" are mere surplusage. A person may no doubt reproduce a work himself or through an agent, and the word "reproduce" would cover such a case. But he cannot, I think, be said to reproduce a work if he has merely

disques sans l'autorisation des intimées titulaires du droit exclusif de confectionner les organes (les disques) en question.

Il est utile de comparer la situation de l'éditeur d'un disque et du responsable du pressage d'une œuvre musicale à celle de l'imprimeur et de l'éditeur d'une œuvre littéraire. Dans l'arrêt *Ash et al. v. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd., et al.*¹, la Cour d'appel d'Angleterre a étudié la situation de l'imprimeur qui, conformément à une entente avec l'éditeur, avait imprimé une œuvre protégée par un droit d'auteur. Il est évident que l'imprimeur n'avait pas l'intention de violer le droit d'auteur du demandeur/auteur et qu'il s'était fié à l'éditeur pour que celui-ci obtienne les licences nécessaires ou vérifie si l'exécution du travail en question violait un droit d'auteur. La Cour a conclu qu'en vertu de la *Copyright Act*, l'imprimeur et l'éditeur étaient dans des situations bien différentes.

[TRADUCTION] En imprimant l'œuvre, ils [les imprimeurs] ont commis un délit distinct, non lié à l'autorisation d'imprimer donnée par les éditeurs. Le préjudice qu'ils ont causé aux demandeurs est différent du préjudice causé par l'auteur et par les éditeurs quoique le dommage puisse être le même . . .

(le lord juge Slessor, aux pp. 1500, 1501.)

Voici en quels termes s'est exprimé le lord juge Greene, aux pp. 1507, 1508:

[TRADUCTION] Le paragraphe 1(2) de la *Copyright Act*, 1911 expose les droits du titulaire d'un droit d'auteur. Il énumère certains actes que seul le titulaire d'un droit d'auteur peut accomplir. Le droit d'accomplir chacun de ces actes est, à mon avis, un droit distinct, créé par la loi, et quiconque accomplit l'un de ces actes sans le consentement du titulaire du droit d'auteur commet de ce fait un délit; s'il en accomplit deux, il commet deux délits et ainsi de suite. L'énumération de ces actes est suivie des mots (qui doivent être précédés des mots «le droit exclusif»): «D'autoriser ces actes de la manière susdite». La Loi considère donc le droit de donner une autorisation comme un droit distinct, différent des autres droits expressément mentionnés. Avec égards, j'estime qu'il est inexact de dire que les mots «d'autoriser ces actes de la manière susdite» sont redondants. Il ne fait aucun doute qu'une personne pourrait, elle-même ou par un intermédiaire, reproduire une œuvre et que le mot «reproduire» viserait un tel cas.

¹ [1936] 2 All E.R. 1496.

¹ [1936] 2 All E.R. 1496.

authorised someone else to reproduce it. Similarly, in the case of a dramatic work, an author may be said to "perform" his work if he engages the company of actors who perform it; if he merely licensed a performance he could not be said to perform the work. These considerations made it essential that the legislature should confer the right to authorise as a separate and substantive right, and they are of particular importance when it is remembered that infringement is defined not by an independent catalogue of acts which are to amount to infringement but by reference to the rights conferred on the owner of the copyright.

It is interesting to note that the Court of Appeal, in disposing of this and related actions in connection with the same works found that the publisher and the infringing author were joint tortfeasors in the tort of authorising the printing whereas the publisher and the printer were found to have committed separate torts.

In the earlier case of *Baschet v. London Illustrated Standard Company*², the plaintiff held the copyright under French law in certain photographs which were printed, published and circulated in the *London Illustrated Standard* without his consent. The plaintiff brought an action against the publishers and the printers. In the course of his judgment Kekewich J. stated, with reference to a similar but differently worded statute:

The main question is as to the penalties. The plaintiff admits that he cannot sue the distributors, because they do not come within the first branch of s. 6 of the *Fine Arts Copyright Act*, 1862, but within the second branch, which is prefaced by the words, "knowing that any such repetition, copy, or other imitation has been unlawfully made," and as the plaintiff cannot prove knowledge against them, he cannot sue them for penalties under that section. He contends, however, that he can sue the publishers and the printers, and, subject to the question of law to which I will refer presently, it is not denied that the publishers are liable to him for penalties. But it is denied that the printers are so liable. It is urged that, being only employed by the publishers, and printing for them because they do not do their own printing, they are not liable under the section. But the words of the section will not bear that construction. It imposes a penalty on any person who, not being the proprietor for the time

² [1900] 1 Ch. D. 73.

Mais on ne peut, à mon avis, prétendre qu'elle a reproduit une œuvre si elle a uniquement autorisé une autre personne à la reproduire. De même, dans le cas d'une pièce de théâtre, on peut dire que l'auteur «exécute» son œuvre s'il engage des artistes pour qu'ils l'exécutent; s'il ne fait qu'autoriser la représentation de la pièce, on ne peut considérer qu'il l'exécute. Il était donc essentiel que la législature confère le droit d'autoriser comme droit distinct et indépendant, et cela devient particulièrement important lorsqu'on considère que la contrefaçon d'une œuvre ne dépend pas de l'accomplissement d'une série d'actes indépendants mais des droits conférés au titulaire du droit d'auteur.

Il est intéressant de souligner qu'en jugeant cette action et d'autres actions relatives aux mêmes œuvres, la Cour d'appel a conclu que l'éditeur et l'auteur de la contrefaçon étaient co-responsables du délit d'avoir autorisé l'impression de l'œuvre tandis que l'éditeur et l'imprimeur étaient responsables d'un délit distinct.

Dans l'affaire plus ancienne *Baschet v. London Illustrated Standard Company*², le demandeur était, en vertu de la loi française, titulaire d'un droit d'auteur sur certaines photographies qui ont été tirées, publiées et diffusées dans le *London Illustrated Standard* sans son consentement. Le demandeur a intenté une action contre les éditeurs et les imprimeurs. Dans ses motifs de jugement, le juge Kekewich a dit au sujet d'une loi semblable mais libellée différemment:

[TRADUCTION] La principale question à trancher a trait aux amendes. Le demandeur admet qu'il ne peut poursuivre les distributeurs parce qu'ils ne sont pas visés par la première partie de l'art. 6 de la *Fine Arts Copyright Act*, 1862 mais par la seconde partie, qui commence par les mots «sachant que cette reprise, copie ou autre imitation est illégale»; puisque le demandeur ne peut établir qu'ils ont agi sciemment, il ne peut les poursuivre en vertu de cette disposition relative aux amendes. Il prétend en revanche qu'il peut poursuivre les éditeurs et les imprimeurs et, sous réserve de la question de droit que j'étudierai plus loin, il n'est pas contesté que les éditeurs, contrairement aux imprimeurs, sont passibles d'amende. On a prétendu que puisqu'ils travaillaient pour les éditeurs et imprimaient les œuvres pour eux, les imprimeurs ne pouvaient être tenus responsables en vertu de l'article. Le texte de l'article ne permet cependant pas cette interprétation. L'article assujettit à une

² [1900] 1 Ch.D. 73.

being of copyright in any painting, &c., "shall without the consent of such proprietor repeat, copy, &c., or cause or procure to be repeated, copied, &c., any such work or the design thereof." The printers have repeated, copied, &c., and fall exactly within the words of the section. It is argued, however, that the section points to two alternative classes of persons, namely those who "repeat, copy &c.," and those who "cause or procure to be repeated, copied, &c.," and that the publishers fall within the latter alternative. They would be liable if they printed themselves, and the section makes liable for causing others to print. It is contended that the employees cannot be liable as well as their employers for the same offence. But I ought not to struggle to get out of the words of the section. The Legislature makes no distinction in this branch of the section between those who know and those who are ignorant that they are doing wrong, and the printers, being within the words of the section, cannot escape on the plea of innocent agency. (at pp. 76, 77)

It is difficult to find any factual or commercial difference between the printer of a literary work such as the book in question in *Ash* and a record presser. Each produces a "work" in a "material form" in which copyright resides; the former producing in printed form a literary work, and the latter producing in material form a contrivance which by s. 4(3) is, in this case, deemed to be a "musical work". The comparison is no less valid because of the complication that in the case of the record, there is another "musical work" embodied therein which may be performed by "acoustic representation" in the words of s. 2. Neither does the fact that s. 4 was amended in 1972 by *Statutes of Canada* 1970-71-72, c. 60, s. 1, by the addition of subs. 4 to s. 4 which removed the right in the owner of the copyright in the contrivance to restrict public performance of the embodied musical works by means thereof, deflect from parallel form the relationship of the printer and the presser to the copyright work in question.

The United States *Copyright Act*, both in its present and earlier forms, has, of course, many similarities to the Canadian Act, as well as to the

amende quiconque, n'étant pas le titulaire d'un droit d'auteur sur une peinture, etc., «sans le consentement du titulaire du droit d'auteur reprend, copie etc., ou fait reprendre, copier, etc. cette œuvre ou ses grandes lignes». Les imprimeurs ont repris, copié, etc. et ils sont précisément visés par l'article. On a soutenu que cet article visait deux catégories distinctes de personnes, en l'occurrence celles qui «reprentent, copient etc.» et celles qui «font reprendre, copier etc.» et que les éditeurs tombaient dans cette deuxième catégorie. Ils auraient été responsables s'ils avaient eux-mêmes imprimé l'œuvre et l'article les rend également responsables s'ils font faire ce travail par d'autres. On a prétendu que les employés et les employeurs ne pouvaient être tous responsables de la même infraction. Mais le but de l'article n'est pas difficile à saisir. Dans cette partie de l'article, la Législature ne fait aucune distinction entre ceux qui savent qu'ils agissent illégalement et ceux qui l'ignorent; l'article s'applique aux imprimeurs et ces derniers ne peuvent s'exonérer en plaçant leur rôle de mandataires de bonne foi. (aux pp. 76, 77)

Il est difficile de trouver une différence, fondée sur les faits ou sur le commerce, entre l'imprimeur d'une œuvre littéraire comme le livre dont il était question dans l'arrêt *Ash* et le responsable du pressage d'un disque. Chacun produit une «œuvre» sous une «forme matérielle» protégée par un droit d'auteur; le premier imprime une œuvre littéraire et le second produit sous une forme matérielle un organe qui, en vertu du par. 4(3), est réputé être une «œuvre musicale». La comparaison n'est pas moins valable du fait que dans le cas d'un disque, il existe une autre «œuvre musicale» intégrée, susceptible de «reproduction sonore», pour reprendre les termes de l'art. 2. En outre, on ne peut dire que la modification de l'art. 4 par *Statuts du Canada* 1970-71-72, chap. 60, art. 1 et l'addition du par. 4, qui enlève au titulaire d'un droit d'auteur sur un organe le droit de restreindre la reproduction en public, à l'aide de cet organe, des œuvres musicales qui y sont intégrées, détruisent le parallèle établi entre l'imprimeur et le responsable du pressage pour ce qui est d'une œuvre protégée par un droit d'auteur.

La *Copyright Act* des États-Unis présente, actuellement autant qu'autrefois, plusieurs points communs avec la Loi canadienne actuelle de même

pre-existing *Imperial Copyright Act*. However, United States court decisions, even where the factual situations are similar, must be scrutinized very carefully because of some fundamental differences in copyright concepts which have been adopted in the legislation of that country. The United States statutes have not been based upon the international copyright treaties of the 19th and 20th centuries, being the Berne Convention of 1886 and the Rome Copyright Convention of 1928, as the United States of America did not become signatories thereto. Indeed it was not until the adoption by that country in 1955 of the Universal Copyright Convention of 1952 that the United States participated in the field of international copyright law other than by a collection of bilateral agreements. Furthermore, the wording of the definition of copyright in the current United States statute (*The Copyright Act*, 17 U.S.C.) is significantly different from the precise definition of copyright in s. 3 of the Canadian statute. Corresponding to the key words, "the sole right . . . to make any record" in s. 3 of the Canadian Act are the words "unauthorised manufacture" of records in s. 101(e) of the American Act, which may, in some circumstances, amount to the same meaning, but in other situations might well import a different meaning and produce a different result. That is not to say that we may not find some assistance in examining the experience in the United States and for that purpose, I turn briefly to some of the decisions of the United States Federal Courts. In *G. Ricordi & Co., Inc. v. Columbia Graphophone Co.*³, a company in the record business caused to be produced a record of a song the copyright in which was held by the plaintiff, and every step from the musical performance which was recorded, down to but not including the pressing of the record, was carried out by the defendant in the United States. The actual pressing of the record was done by the defendant or its agents in Canada. The Court found that the "manufacture" of the record commenced with the musical performance and continued through nine separate steps, the ninth being the pressing process conducted in Canada. The Court concluded that "the various steps taken to produce the product (a copper stam-

qu'avec l'ancienne *Copyright Act* impériale. La jurisprudence américaine doit cependant être analysée avec prudence même si elle porte sur des faits semblables car la loi américaine repose sur des conceptions du droit d'auteur fondamentalement différentes des nôtres. Les lois américaines ne s'inspirent pas des traités internationaux sur le droit d'auteur passés aux dix-neuvième et vingtième siècles, à savoir la Convention de Berne de 1886 et la Convention de Rome sur le droit d'auteur de 1928, les États-Unis n'ayant pas adhéré à ces traités. En fait, lorsqu'ils ont adopté en 1955 la Convention universelle sur le droit d'auteur de 1952, les États-Unis étaient partie pour la première fois aux ententes internationales sur le droit d'auteur à l'exception d'une série d'ententes bilatérales. En outre, la définition de l'expression «droit d'auteur» dans la loi américaine présentement en vigueur (*The Copyright Act*, 17 U.S.C.) est considérablement différente de celle contenue à l'art. 3 de la loi canadienne. L'article 3 de la Loi canadienne parle de «droit exclusif . . . de confectionner une empreinte» alors que la disposition correspondante de la loi américaine, le par. 101e) parle de [TRADUCTION] «fabrication non autorisée» d'empreintes, ce qui peut, dans certains cas, avoir le même sens, mais, dans d'autres cas, donner lieu à une interprétation et à un résultat différents. Cela ne rend pas la jurisprudence américaine non pertinente et je m'arrêterai brièvement sur certaines décisions des cours fédérales des États-Unis. Dans l'arrêt *G. Ricordi & Co., Inc. v. Columbia Graphophone Co.*³, une compagnie engagée dans l'industrie phonographique a fait enregistrer sur disque une chanson sur laquelle le demandeur avait un droit d'auteur; la défenderesse s'était chargée, aux États-Unis, de toutes les étapes de la production du disque, de l'exécution de l'œuvre musicale au pressage exclusivement. Le pressage du disque a été effectué au Canada par la défenderesse ou son agent. La Cour a constaté que la «fabrication» du disque avait commencé par l'exécution de l'œuvre musicale pour franchir neuf autres étapes, la neuvième étant le pressage effectué au Canada. La Cour a conclu que [TRADUCTION] «les diverses étapes de la production de la matrice en cuivre envoyée au Canada étaient

³ (1920), 270 F. 822.

³ (1920), 270 F. 822.

per) which was shipped to Canada were all essential to the manufacture of the records which were finally finished and sold in Canada”, and that therefore the record was manufactured in the United States. This result was reached presumably on the reasoning that any step “essential to the manufacture” amounted to manufacturing and hence infringement.

The same District Court, years later, was faced in *Edward B. Marks Music Corporation v. Foullon*⁴ with the question as to who was the manufacturer for the purposes of determining copyright infringement. The owner of the copyright sued both the company who organized the production of the record and the record presser, the former being in a position analogous to Canusa and the latter to Compo. None of the intermediate contributors such as the artists, the electroplating plant, and the recording studio were joined in the action. The Court found that the defendant, who generally performed the role which Canusa performed in these proceedings, was “the general manufacturer”, and the defendant presser was “the last instrumentality in a chain of production”, but no liability was found in the record presser, presumably on the basis that, following *Ricordi*, the general manufacturer alone “manufactures” the work for the purpose of the *Copyright Act*. This judgment was confirmed by the Circuit Court of Appeal⁵ where Circuit Judge Learned Hand, with reference to the liability of the person who pressed the offending records, found no liability for infringement because the owner of the copyright had licensed the ‘general manufacturer’ by contract to which the pressing company was not a party. Unlike the position in this appeal, the copyright owner had licensed the ‘manufacture’ of the records and such approval carried with it the actions of the subcontractor, the record presser. Similar issues arose in the United States Court of Appeals, Second Circuit, in *Reeve Music Co., Inc., and Robbins Music Corporation v. Crest Records, Inc. and Shelley Products Ltd.*⁶ where the distinction between persons engaged in the different

toutes essentielles à la fabrication des disques qui ont finalement été complétés et vendus au Canada», et que le disque avait donc été fabriqué aux États-Unis. Ce résultat est probablement fondé sur le raisonnement qu’une étape «essentielle à la fabrication» équivalait à la fabrication et, en conséquence, pouvait constituer une contrefaçon.

Dans une autre affaire, *Edward B. Marks Music Corporation v. Foullon*⁴, la même cour de district devait décider qui, dans un cas de violation d’un droit d’auteur, était le fabricant. Le titulaire du droit d’auteur a poursuivi à la fois la compagnie responsable de la production du disque et le responsable du pressage, la première étant dans une situation semblable à celle de Canusa et le second, à celle de Compo. Aucun des autres participants tels les artistes, les responsables de la galvanoplastie et du studio d’enregistrement n’ont été poursuivis. La Cour a conclu que la défenderesse, dont le rôle se compare à celui de Canusa en l’espèce, était [TRADUCTION] «le principal fabricant» et que la compagnie de pressage défenderesse était chargée de [TRADUCTION] «la dernière étape de la chaîne de production», mais, se fondant probablement sur l’arrêt *Ricordi*, elle n’a pas retenu sa responsabilité; selon cet arrêt, c’est le principal fabricant qui seul «fabrique» l’œuvre aux fins de la *Copyright Act*. En appel devant la Cour de circuit, le juge Learned Hand a confirmé ce jugement⁵ et statué que le responsable du pressage des disques ne pouvait être tenu responsable de la contrefaçon parce que le titulaire du droit d’auteur avait accordé une licence «au principal fabricant» aux termes d’un contrat auquel la compagnie chargée du pressage n’était pas partie. A la différence du présent pourvoi, le titulaire du droit d’auteur avait accordé une licence autorisant «la fabrication» des disques et ce consentement s’appliquait également aux actes du sous-traitant, la compagnie chargée du pressage. L’affaire *Reeve Music Co., Inc., and Robbins Music Corporation v. Crest Records, Inc. and Shelley Products Ltd.*⁶ soulevait des questions semblables mais la Cour de circuit, siégeant en

⁴ (1948), 79 F. Supp. 664.

⁵ (1949), 171 F. 2d 905.

⁶ (1960), 285 F. 2d 546.

⁴ (1948), 79 F. Supp. 664.

⁵ (1949), 171 F. 2d 905.

⁶ (1960), 285 F. 2d 546.

stages in the production, to use a neutral word, of a record was avoided by a finding by the court that the defendant producing the master was acting in concert with the person who derived therefrom the stamper and pressed the records. By inference, although not expressly, the Court found that the production of the master, the stamper, and the records amounted to manufacture within the meaning of the word as used in the United States statute. Presumably, the Court was relying on *Ricordi* in finding that the process of manufacturing a record did not necessarily include the production of the record in the final form, but that it was sufficient for the defendant to be engaged in one or more of the essential elements of the act of manufacturing the record in the sense of the *Ricordi* judgment. In the *Reeve* case, the entrepreneur was a Canadian corporation not a party to the action who by subcontracts with the United States defendants established the sequence of activities which produced in the end the record for market. The combined efforts of two subcontractors amounted to the "manufacture" of the record, and hence both were liable as "joint tortfeasors". A Federal District Court in the same circuit found in *Pickwick Music Corporation, et al. v. Record Productions, Inc.*⁷, that the act of pressing the record alone was an infringement of the copyright of the owner in the musical work embodied in the record. Again the record was brought into being by a combination of activities wherein one group of defendants organized the project and another group actually pressed the records. The Court found that both groups were manufacturers of the record and that the persons doing the actual pressing as subcontractors were entitled to a claim over against their fellow defendants for failure to obtain the necessary consents or statutory licences, but that ignorance by the parties pressing the records of the failure by the entrepreneurial group to obtain copyright licenses and the fact they were never paid for the pressing, were not defences in law. It is difficult to determine whether liability was found in the presser on the simple ground that the pressing of the record is the manufacturing of the record, or whether liability springs from the concept of joint tortfeasors. MacMahon D.J. in his judgment states in part:

appel, n'a pas fait de distinction entre les personnes travaillant aux différentes étapes de la production, pour employer un terme neutre, parce qu'elle a jugé que la défenderesse qui avait produit la bande originale avait travaillé de concert avec les personnes qui l'avaient utilisée pour produire la matrice et les empreintes. Sans le dire expressément, la Cour a déduit que la production de la bande originale, de la matrice et des disques équivalait à une fabrication au sens de la loi américaine. La Cour semble s'être fondée sur l'arrêt *Ricordi* pour décider que la fabrication d'un disque ne signifiait pas nécessairement la production du disque dans sa forme définitive mais qu'il suffisait au sens de cet arrêt que le défendeur soit chargé d'une ou de plusieurs étapes essentielles de la fabrication d'un disque. Dans l'affaire *Reeve*, l'entrepreneur, une compagnie canadienne non partie à l'action, avait, aux termes de contrats de sous-traitance conclus avec les défenderesses américaines, réalisé les différentes étapes de la production d'un disque commercial. Les efforts réunis de deux sous-traitants équivalaient à la «fabrication» du disque et ces derniers ont en conséquence été jugés [TRADUCTION] «co-auteurs du délit». Dans l'arrêt *Pickwick Music Corporation, et al. v. Record Productions, Inc.*⁷ une cour fédérale de district du même circuit a statué que le pressage d'un disque constituait en lui-même une violation du droit d'auteur sur l'œuvre musicale intégrée au disque. Le disque résultait encore une fois d'une série d'activités, un groupe s'étant chargé de l'organisation et un autre groupe du pressage du disque. La Cour a conclu que les deux groupes étaient des fabricants et que les personnes chargées du pressage du disque pouvaient, à titre de sous-traitants, se retourner contre leurs co-défendeurs en invoquant leur défaut d'obtenir les autorisations ou les licences nécessaires, mais qu'elles ne pouvaient s'exonérer en plaidant qu'elles ne savaient pas que l'entrepreneur principal n'avait pas obtenu les licences requises et qu'elles n'avaient jamais été payées pour leur travail. On ne sait trop si la responsabilité des personnes chargées du pressage a reposé sur le fait que le pressage correspond à la fabrication ou sur la règle de la co-responsabilité des auteurs d'un délit. Dans son jugement, le juge de district MacMahon dit notamment:

⁷ (1968), 292 F. Supp. 39.

⁷ (1968), 292 F. Supp. 39.

Participation in the tort of copyright infringement makes each participant jointly and severally liable. (at p. 40)

In the final disposition of all claims, therefore, the Court found that all the defendants "participated in the arrangements for the pressing of the album", and judgment went against not only the pressing company but also those who made their contribution earlier in the chain of production. It follows that the Court concluded either that there can be more than one manufacturer of a single record, or that all contributories to the manufacture of the record are joint *tortfeasors* in the violation of the copyright brought about by the manufacture of the record by whichever of the actors is the manufacturer.

The most recent decision directly relating to the problem at hand also comes from the United States District Court for the Southern District of New York, *Leo Feist, Inc. et al. v. Apollo Records et al.*⁸ For reasons not revealed in the report of the case, the plaintiffs did not join the record presser as a defendant but rather sued the entrepreneur who "conceived, planned, executed and sold the offending recordings" and who in the course of proceedings, admitted that it was "the manufacturer" of the record in question. The Court refers to the defendant entrepreneur as the "general manufacturer" and found that because the general manufacturer did not act jointly or in concert with the subcontractors, the latter were not guilty of infringement of the plaintiff's copyright. Indeed, the Court, in construing the term "manufacturer" as it appears in s. 101(e) of the United States *Copyright Act*, equated it with the term "general contractor" from the construction world. Anyone performing a lesser function did not appear to qualify as an infringer. For example, the subcontractor who recorded the musical work and mixed the sounds, presumably in making the tape recording used by it to thereafter produce the master mould or matrix, was not an infringer. Judgment

[TRADUCTION] Une participation au délit que représente la violation d'un droit d'auteur rend chaque participant conjointement et solidairement responsable. (à la p. 40)

En conclusion, la Cour a jugé que tous les défendeurs avaient [TRADUCTION] «participé aux opérations préalables au pressage du disque» et elle a non seulement condamné la compagnie responsable du pressage mais également tous ceux qui avaient participé à l'une des étapes de la production. La Cour a donc conclu qu'il pouvait y avoir plus d'un fabricant d'un seul disque ou que tous ceux qui avaient participé à la fabrication du disque étaient co-auteurs de la violation du droit d'auteur à la suite de la fabrication du disque, chaque participant étant considéré comme le fabricant.

La plus récente décision qui porte directement sur la question vient également des États-Unis, de la Cour de district du sud de New York; il s'agit de l'affaire *Leo Feist, Inc. et al. v. Apollo Records et al.*⁸ Pour des motifs non révélés dans le recueil, les demanderessees n'ont pas poursuivi les personnes chargées du pressage du disque mais ont intenté une action contre l'entrepreneur responsable de [TRADUCTION] «la conception, la planification, l'exécution et la vente des enregistrements constituant une contrefaçon», ce dernier ayant admis, au cours des plaidoiries, qu'il était le «fabricant» du disque en question. La Cour a considéré l'entrepreneur comme [TRADUCTION] «le principal fabricant» et conclu que puisqu'il n'avait pas agi conjointement ou de concert avec les sous-traitants, ces derniers ne pouvaient être coupables de violation du droit d'auteur des demanderessees. En fait, la Cour a assimilé le mot «fabricant» au par. 101e) de la *Copyright Act* américaine à l'«entrepreneur principal» dans le domaine de la construction. Ceux qui jouent un rôle moins important ne peuvent être coupables de contrefaçon. Par exemple, le sous-traitant qui enregistre l'œuvre musicale sur une bande magnétique, mixe les sons et produit le moule original ou la matrice n'est pas un contre-

⁸ (1969), 300 F. Supp. 32.

⁸ (1969), 300 F. Supp. 32.

was confirmed without comment in the Circuit Court of Appeals⁹.

The *Feist* case illustrates the tendency to associate the word "manufacture" with large-scale production; usually in the sense of combining components or subassemblies into an assembled or finished product. It is this sense or meaning that the Court brought to the word manufacture in the *Feist* case when it found the central entrepreneur to be the infringer and discharged the subcontractor or artisan who produced the tools at intermediate stages of the process but did not produce the finished product which the manufacturer was responsible for marketing. The ultimate step in creating the record was taken by the record presser who was not joined in the action and whose contribution was not the subject of any comment in the judgment. As in the *Marks* judgment mentioned earlier, the Court observed that "All persons concerned in the infringement of a copyright are jointly and severally liable as joint *tortfeasors*", except that in referring to the *Marks* case, the Court in *Feist* appears to back away from the concept that any element of "manufacture" necessarily makes the participant in that element an infringer.

The words 'manufacturing' and 'manufactured' have come before the courts in this country in connection with proceedings under the *Income Tax Act* and the *Excise Tax Act*. In *Columbia Records of Canada Ltd. v. M.N.R.*¹⁰ Gibson J. of the Federal Court of Canada found that a company by contracting out the preparation of tapes, masters, mothers, and stampers, and by contracting with a record stamper for the actual stamping of records, was not "a manufacturing and processing corporation" under the then s. 40A of the *Income Tax Act*. Substantially, the appellant taxpayer performed, in the development of marketable records, the role of Canusa in these proceedings. The actual work of producing stamps and of stamping out the records was performed by a person in the same position as that of Compo in this appeal. The Court found that the records were

facteur. En appel, la Cour de circuit a confirmé ce jugement sans motifs écrits⁹.

L'arrêt *Feist* illustre une tendance à associer le mot «fabriquer» à une production à grande échelle, impliquant habituellement un assemblage ou un montage de pièces pour former un tout, un produit fini. C'est la signification du mot «fabriquer» que la Cour a retenue dans l'arrêt *Feist* pour conclure que l'entrepreneur principal était un contrefacteur et dégager de toute responsabilité le sous-traitant ou l'artisan qui avait produit les pièces à certaines étapes de la production sans toutefois produire la pièce finie dont la mise en marché incombait au fabricant. La dernière étape de la production du disque avait été accomplie par le sous-traitant chargé du pressage; ce dernier n'a pas été poursuivi et sa participation n'a pas été étudiée dans le jugement. Comme dans l'arrêt *Marks* précité, la Cour a souligné que [TRADUCTION] «Toutes les personnes impliquées dans la violation d'un droit d'auteur sont conjointement et solidairement responsables à titre de co-auteurs du délit», mais en se référant à l'arrêt *Marks*, la Cour semble avoir rejeté le principe qu'un participant à une étape de la fabrication devient nécessairement un contrefacteur.

Les tribunaux canadiens se sont déjà prononcés sur les mots «fabrication» et «fabriqué» dans des affaires relevant de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de la *Loi sur la taxe d'accise*. Dans l'arrêt *Columbia Records of Canada Ltd. v. M.R.N.*¹⁰, le juge Gibson de la Cour fédérale du Canada a statué qu'une compagnie faisant appel à des tiers pour la confection de bandes, de matrices originales, de matrices et de poinçons et faisant effectuer le pressage de disques par d'autres n'était pas une «corporation de fabrication et de transformation» au sens de l'art. 40A de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en vigueur à ce moment-là. En réalité, le contribuable appelant dans cette affaire avait, aux fins de la confection de disques commerciaux, le même rôle que Canusa, et la personne chargée de la confection des poinçons et du pressage des disques était dans la même situation que Compo. La

⁹ (1969), 418 F. 2d 1249.

¹⁰ (1971), 71 DTC 5486.

⁹ (1969), 418 F. 2d 1249.

¹⁰ (1971), 71 DTC 5486.

“processed or manufactured” by the latter (that is Compo, here) because to be the manufacturer, that person “must physically process or manufacture” the goods (at p. 5491). The term ‘manufacture’ is also considered in a line of authorities under the *Excise Tax Act* of Canada but by reason of the statutory plan there in effect shed no light on the problems arising under s. 3 of the *Copyright Act*. *Vide Her Majesty The Queen v. Canadian Pacific Railway Company*¹¹, and *Rexair of Canada Limited v. The Queen*¹².

Whether or not the work contributed by Compo, being the preparation of the stamping device and the stamping of the records, comes within the sole rights reserved by s. 3(1) of the Act to the owner of the copyright, turns, as observed at the outset, upon the proper interpretation of the words:

the sole right to produce or reproduce the work ... in any material form whatever ... and includes the sole right

(d) in the case of a ... musical work to make any record ... by means of which the work may be mechanically performed or delivered ...

together with the words in s. 4(3), which provide that copyright subsists in “records ... by means of which sounds may be mechanically reproduced ...”.

Courts in this technical field of copyright have found it prudent to make their judicial answers congruent with the legal issues raised in the proceeding at hand leaving, so far as possible, analogies, examples and hypothetical questions to another day. I propose to follow this principle and therefore expressly refrain from deciding such questions as whether or not there may be in law two “makers” of a single record for the purpose of these sections of the *Copyright Act*. Mr. Hughes for the respondent in answer to a question from the Bench put it very well when he said that copyright law is neither tort law nor property law in classification, but is statutory law. It neither cuts across

Cour a conclu que les disques étaient «transformés et fabriqués» par cette dernière (soit, en l'espèce, Compo) parce que pour être un fabricant, la personne «doit transformer matériellement ou fabriquer les marchandises» (à la p. 5491). Le mot «fabriquer» a également été analysé dans des arrêts relatifs à la *Loi sur la taxe d'accise* du Canada mais vu l'économie de cette loi, ces arrêts ne sont d'aucune utilité pour résoudre les problèmes soulevés par l'art. 3 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Voir *Sa Majesté la Reine c. Canadian Pacific Railway Company*¹¹ et *Rexair of Canada Limited c. La Reine*¹².

Comme je l'ai déjà dit, pour déterminer si le travail effectué par Compo, à savoir la confection des moules et le pressage des disques, viole les droits exclusifs que le par. 3(1) de la Loi réserve au titulaire du droit d'auteur, il faut d'abord interpréter les termes suivants:

le droit exclusif de produire ou de reproduire une œuvre, ... sous une forme matérielle quelconque, ... ce droit comprend, en outre, le droit exclusif

d) s'il s'agit d'une œuvre ... musicale, de confectionner toute empreinte, ... à l'aide [de laquelle] l'œuvre pourra être exécutée ou représentée ou débitée mécaniquement ...

en les rapprochant des termes du par. 4(3) selon lesquels un droit d'auteur existe «à l'égard des empreintes ... à l'aide desquelles des sons peuvent être reproduits mécaniquement ...».

En ce domaine technique du droit d'auteur, les cours ont estimé plus prudent de ne statuer que sur les questions de droit soumises et d'éviter autant que possible les comparaisons, les exemples et les hypothèses. Je ferai de même et ne trancherai donc pas la question de savoir si, aux fins des articles pertinents de la *Loi sur le droit d'auteur*, il peut exister en droit deux «fabricants» d'un même disque. Répondant à une question de la Cour, M^c Hughes, l'avocat de l'intimée, a très bien exposé la situation en disant que le droit d'auteur n'est pas régi par les principes de la responsabilité délictuelle ni par le droit de propriété mais par un texte législatif. Il ne va pas à l'encontre des droits

¹¹ [1971] S.C.R. 821.

¹² [1958] S.C.R. 577.

¹¹ [1971] R.C.S. 821.

¹² [1958] R.C.S. 577.

existing rights in property or conduct nor falls between rights and obligations heretofore existing in the common law. Copyright legislation simply creates rights and obligations upon the terms and in the circumstances set out in the statute. This creature of statute has been known to the law of England at least since the days of Queen Anne when the first copyright statute was passed. It does not assist the interpretive analysis to import tort concepts. The legislation speaks for itself and the actions of the appellant must be measured according to the terms of the statute.

The Chief Justice of the Federal Court of Appeal, in finding liability in Compo, observed with reference to Canusa:

It is true that Canusa, which defendant started at an earlier stage in the course of events and arranged with the respondent to make the records, was also an infringer of the appellants' right because it caused the respondent to make the records;

As pointed out in the *Ash* case, *supra*, the act of authorizing and the act of making are separate tort and the courts have held, both in the United Kingdom and the United States, that persons committing these separate torts are not of course joint tortfeasors. Thus Canusa may be an infringer either by reason of its authorization of the actions of Compo, or perhaps because it may be found (but I do not find it necessary to so decide here) that Canusa "made" the offending records. The judgment then continued:

however, the immediate tortfeasor is not exonerated from liability by reason of the liability of the vicarious tortfeasor.

I take this to be a reference back to the distinction made earlier in the judgment between the infringement by authorization committed by Canusa, and the infringement by the making of the records committed by Compo. However, these are separate and distinct violations of the statute and hence separate and distinct infringements rendering each wrongdoer liable to the holder of the copyright without reference to the actions and responsibilities of the other wrongdoer.

There is a clear grant in s. 3(1)(d) of the exclusive right "to make" a record so that a musi-

existants en matière de propriété et de conduite et il ne relève pas des droits et obligations existant autrefois en *common law*. La loi concernant le droit d'auteur crée simplement des droits et obligations selon certaines conditions et circonstances établies dans le texte législatif. En droit anglais, il en est ainsi depuis la reine Anne, sous laquelle fut promulguée la première loi relative au droit d'auteur. Il n'est pas utile, aux fins de l'interprétation législative, d'introduire les principes de la responsabilité délictuelle. La loi parle d'elle-même et c'est en fonction de ses dispositions que doivent être analysés les actes de l'appelante.

En concluant à la responsabilité de Compo, le Juge en chef de la Cour d'appel fédérale a fait remarquer au sujet de Canusa:

Il est vrai que la défenderesse Canusa, qui avait fait les premières démarches et convenu de fabriquer les disques avec l'intimée, avait également violé les droits des appelantes parce qu'elle avait amené l'intimée à fabriquer les empreintes;

Comme le précise l'arrêt *Ash*, précité, le fait d'autoriser et le fait de fabriquer constituent deux délits distincts, et comme l'ont jugé les cours anglaises et américaines, les personnes qui commettent ces délits distincts ne sont évidemment pas co-auteurs du même délit. Canusa peut donc être un contrefacteur soit parce qu'elle a autorisé les actes reprochés à Compo soit parce qu'elle aurait (et il n'est pas nécessaire de trancher cette question en l'espèce) «fabriqué» les disques en question. Le jugement déclare ensuite:

cependant, la responsabilité d'autrui n'écarte pas celle de l'auteur immédiat du délit.

A mon avis, c'est là un renvoi à la distinction établie antérieurement dans le jugement entre la contrefaçon consécutive à l'autorisation, attribuable à Canusa, et la contrefaçon consécutive à la fabrication des disques, attribuable à Compo. Il s'agit de violations distinctes et séparées, et, partant, de contrefaçons distinctes et séparées rendant chaque délinquant responsable envers le titulaire du droit d'auteur, indépendamment des actes et responsabilités de l'autre délinquant.

L'alinéa 3(1)d) confère explicitement le droit exclusif «de confectionner» un disque à l'aide

cal work may be mechanically performed therefrom. There is an equally clear grant in s. 3 of the exclusive right to authorise the making of such a record. The respondents are acknowledged by the other parties to these proceedings to hold such exclusive rights in the musical work in question. This may be so by reason of assignment from the 'author' of the work in question who is by s. 12(1) the first owner of the copyright. We are not concerned with the origin of the respondents' rights in the work as neither their existence nor title is challenged. There is another right which at first blush may be of concern, that is the copyright arising in the record itself under s. 4(3) upon the production of the record, and which copyright is separate and distinct from the copyright in the musical work recorded or embodied in the record. The owner of the original plate or matrix is deemed by s. 10 to be the author of such contrivance. By s. 12(1), such author is deemed to be the first owner of the copyright therein, that is to say of the copyright established by s. 4(3) in the record itself.

Thus Canusa, by making or causing a third party to make the matrix from which the stamper and thereafter the records were made, might, if authorized by the owner of the recorded musical work, be the owner of the copyright in the record. However, the recording of the work was not authorised. Compo, of course, as the agency which, using the master acetate (which I take to be in these circumstances the plate or matrix described in ss. 10 and 2 of the Act) actually stamped out the records, would in law have obtained no copyright in the record whether or not the owner of the copyright in the musical work had granted a licence to record that work. The ownership of the copyright in the record would, had the recording been authorised, reside in the owner of the matrix at the time of its making, here Canusa.

The fact that Compo did not and could not obtain copyright in the record is in no way determinative of the question, "Has Compo infringed the rights of the respondents?" The examination of the workings of s. 19 is digressive from this issue. No unauthorized exercise of the owner's mechani-

duquel l'œuvre musicale pourra être exécutée mécaniquement. En outre l'art. 3 confère expressément le droit exclusif d'autoriser la confection d'un tel disque. Les parties reconnaissent que les intimées sont titulaires de ces droits exclusifs sur l'œuvre musicale en question. En effet l'«auteur» de l'œuvre, qui aux termes du par. 12(1) est le premier titulaire du droit d'auteur, peut leur avoir cédé ses droits. Il n'est pas nécessaire en l'espèce d'étudier l'origine des droits des intimées car ni leur existence ni leur validité ne sont contestées. Un autre droit peut, à première vue, paraître pertinent; le par. 4(3) crée un droit d'auteur sur le disque même, un droit distinct et séparé du droit d'auteur rattaché à l'œuvre musicale intégrée au disque. Aux termes de l'art. 10, le propriétaire de la planche originale ou matrice est réputé l'auteur de cet organe. En vertu du par. 12(1), cet auteur est réputé le premier titulaire du droit d'auteur sur cet organe, à savoir le droit d'auteur sur le disque même, établi au par. 4(3).

Ainsi, en fabriquant ou en faisant fabriquer par un autre la matrice à l'aide de laquelle le moule puis le disque ont été faits, Canusa aurait pu, si elle avait été autorisée par le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre musicale, devenir titulaire du droit d'auteur sur le disque. Mais elle a procédé à l'enregistrement de l'œuvre musicale sans autorisation. Que le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre musicale ait ou non accordé une licence autorisant l'enregistrement de l'œuvre, il est évident que ce n'est pas parce qu'elle a effectivement produit les disques, par pressage de la matrice en acétate (qui, en l'espèce, correspond à la planche ou matrice décrite aux art. 10 et 2 de la Loi) que Compo a juridiquement acquis un droit d'auteur sur le disque. Dans un tel cas, si l'enregistrement avait été autorisé, c'est le propriétaire de la matrice au moment où elle a été faite, en l'occurrence Canusa, qui serait titulaire du droit d'auteur sur le disque.

Le fait que Compo n'ait pas obtenu de droit d'auteur sur le disque, ce qu'elle ne pouvait d'ailleurs pas obtenir, ne tranche aucunement la question: [TRADUCTION] «Compo a-t-elle violé les droits des intimées?» L'examen de l'art. 19 n'est pas pertinent à cette question. L'exercice non auto-

cal rights in a work can produce in the wrongdoer a copyright in the resultant record. The simple question is, did Compo, by taking the master acetate from Canusa and making therefrom the moulds and stampers, infringe the copyright in the musical work of the respondents by thereafter "making records" within the meaning of s. 3 and s. 17 of the Act?

Some assistance can be obtained from other provisions in the statute. By s. 17(4), knowledge on the part of the alleged infringer is required in order to establish infringement where the alleged infringement consists of 'selling, distributing, importing or exhibiting in public' a work. 'Making' of records is not included in the list of actions with respect to which knowledge on the part of the alleged infringer is a prerequisite to infringement. Section 25 establishes as an offence the act of making for sale any infringing copy of a work in which copyright subsists. Again the condition of "knowingly" must be established before the offence is completed. Sections 3 and 17(1), however, admit of no prerequisite of knowledge of the existence of the violated copyright or that the action in question amounts to infringement. Infringement is the single act of doing something which "only the owner of the copyright has the right to do".

I return to the concept in *Ash, supra*. The printer, without intent to infringe or indeed awareness of the consequences of his actions in printing the material supplied by the publisher, was found to have infringed the rights of the author of a work, the existence of which was unknown to the printer. Whether as in *Pickwick, supra*, the printer was ever paid for a contribution to the infringing process is irrelevant. It may be argued that the record presser, unlike the printer, cannot, without knowledge of the existence of the infringed rights, be guilty of infringement because the presser is not creating a "copy" of the existing copyright work as does the printer, but rather the presser creates a new work in which a new and separate copyright resides independent of the copyright in the recorded musical work. This distinction is correct but creates no difference in law. The offending printer

risé des droits mécaniques du propriétaire sur une œuvre ne peut donner au contrevenant un droit d'auteur sur le disque qui reproduit l'œuvre. L'unique question consiste à déterminer si en utilisant la matrice en acétate fournie par Canusa pour produire des moules, Compo a «confectionné une empreinte» au sens des art. 3 et 17 de la Loi et a en conséquence violé le droit d'auteur des intimées sur l'œuvre musicale en question?

D'autres dispositions de la Loi peuvent être utiles. Aux termes du par. 17(4), lorsque la contrefaçon consiste en «la vente, la distribution, l'importation ou l'exposition en public d'une œuvre», il faut prouver que le présumé contrefacteur sait que l'œuvre viole un droit d'auteur. La «confection» de disques ne fait pas partie de cette énumération des actes pour lesquels le présumé contrefacteur doit connaître l'existence du droit d'auteur. Aux termes de l'art. 25, est coupable d'une infraction quiconque confectionne en vue de la vente quelque exemplaire contrefait d'une œuvre protégée. Ici encore, pour qu'il y ait infraction, il faut prouver que la personne a agi «sciemment». Cependant l'art. 3 et le par. 17(1) n'exigent pas la preuve de la connaissance de l'existence du droit d'auteur ni du fait que l'acte constitue une contrefaçon. La contrefaçon consiste simplement en l'exécution d'un acte que seul «le titulaire [du droit d'auteur] a la faculté d'exécuter».

Revenons au principe énoncé dans l'arrêt *Ash*, précité. La cour a conclu que l'imprimeur, même s'il n'avait pas l'intention de contrefaire une œuvre et s'il ignorait les conséquences de l'impression des documents fournis par l'éditeur, avait violé les droits de l'auteur de l'œuvre, dont il ignorait même l'existence. Le fait que, comme dans l'arrêt *Pickwick*, précité, l'imprimeur n'a jamais été payé pour sa participation à la contrefaçon n'est pas pertinent. On peut prétendre que la personne responsable du pressage du disque ne peut, si elle ignore l'existence des droits en question, être coupable de contrefaçon parce que, contrairement à l'imprimeur, elle ne crée pas un «exemplaire» de l'œuvre protégée par un droit d'auteur mais crée une nouvelle œuvre protégée par un droit d'auteur distinct de celui relatif à l'œuvre musicale enregistrée. Cette distinction est exacte mais elle ne change

infringed upon the protected literary work of the author by making copies of it. The offending presser infringes the protected musical work of the author by making a contrivance "by means of which the [musical] work can be performed". The sole right to perform the work resides in the owner of the copyright therein (s. 3(1)). The sole right to make such contrivance is in the copyright owner (s. 3(1)(d)). The sole right to authorize either performance or the making of the record is in the copyright holder (s. 3(1)). Sections 3 and 19(9)(c) very clearly establish these rights as separate and distinct rights, exclusive to the owner of the copyright in the work. Compo, wittingly or unwittingly, breached this right exclusively held by the respondents. Compo may have redress against Canusa, 'the publisher' by analogy, but here such a right may be of little or no economic value. Compo and others in like position may protect themselves by contract or by examining the copyright register and by other searches so as to determine the identity of the holder of the right to grant mechanical licences in respect of the musical work in question. It may be that s. 19 would afford another protective shield, but this would likewise require a contractual arrangement with the record producer or marketer, and in the realities of commerce, the application of this section is limited to the situation where the presser is the maker of the matrix or master from which the records were "directly or indirectly derived" as provided in s. 10 because it is the cutter who acquires the desired copyright in the record ultimately produced. I add these comments to show that a plain and literal application of the statute does not produce the hardship that might at first glance be thought to arise in persons in the position of Compo in the record business. Indeed, the exhibits include a contract form employed by Compo's pressing division wherein the other contracting party guarantees that all applicable copyright fees have been paid.

The Canadian statute employs the simple verb "make" with reference to the exclusive right in the copyright holder to produce records. The United States statute uses the word "manufacture" as do the Canadian taxing statutes referred to earlier. With reference to those statutes, the courts have

rien en droit. L'imprimeur porte atteinte au droit d'auteur sur l'œuvre littéraire protégée en confectionnant un exemplaire. Le responsable du pressage d'un disque porte atteinte au droit d'auteur sur l'œuvre musicale protégée en confectionnant un organe «au moyen duquel l'œuvre [musicale] peut être exécutée». Le titulaire d'un droit d'auteur possède le droit exclusif d'exécuter l'œuvre protégée (par. 3(1)). Il possède également le droit exclusif de confectionner cet organe (al. 3(1)d)), et d'autoriser soit l'exécution de l'œuvre soit la confection d'un disque (par. 3(1)). Les articles 3 et 19(9)c) établissent très clairement que ces droits sont distincts et appartiennent exclusivement au titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre. En connaissance de cause ou non, Compo a porté atteinte à ce droit exclusif des intimées. Elle peut avoir un recours contre Canusa, l'«éditeur» par analogie, mais, en l'occurrence, ce droit n'a guère de valeur économique. Compo et ses semblables peuvent se protéger en passant un contrat ou en examinant le registre du droit d'auteur et en effectuant d'autres recherches afin de vérifier l'identité du titulaire du droit d'accorder les licences de reproduction mécanique de l'œuvre musicale en question. L'article 19 semble offrir une autre protection mais il faut, en ce cas, qu'un contrat soit passé avec le producteur ou distributeur du disque et, dans les faits, l'application de cet article est limitée au cas où le responsable du pressage confectionne également la matrice ou la bande originale dont le disque est «directement ou indirectement tiré», (art. 10), car c'est le fabricant qui acquiert le droit d'auteur sur le disque produit. Cette remarque prouve que l'application textuelle et littérale de la Loi n'est pas aussi sévère à l'égard des personnes qui se trouvent dans la situation de Compo qu'elle pourrait le paraître à première vue. En fait, le dossier contient un contrat-type employé par la division de Compo responsable du pressage; aux termes de ce contrat, les autres parties contractantes attestent que tous les droits d'auteur exigibles ont été payés.

La Loi canadienne utilise le verbe «confectionner» pour désigner le droit exclusif du titulaire du droit d'auteur de produire des disques. La loi américaine emploie le mot «fabriquer», comme les lois fiscales canadiennes mentionnées précédemment. Au sujet de ces dernières, les cours ont

concluded that a presser or person performing a like function, that is physically producing the end product, the record, was 'manufacturing' the record. In modern usage the word 'manufacture' connotes a large-scale production of the article and/or the production of the article by combining the efforts or creations of two or more contributors by subcontract or otherwise. Thus the components might be made by several different persons and the final product might be assembled or produced for marketing by the manufacturer. Such a person might also be referred to as the 'maker' because the meaning of 'making' and 'manufacturing' overlaps in modern language. The difference is that manufacturing is a broader term and might be applied to a person who physically or actually makes, fabricates or assembles nothing, but who, as the 'general contractor' is the coordinator of all the contributing makers of components or sub-assemblies. It is therefore easier to conclude that a record presser has made the records than that he has manufactured them, but clearly in modern terminology both words apply to the actions taken by the presser in producing the complete ready-to-use end product. In *Ricordi, supra* the term manufacture appears to include any essential element in manufacturing. In *Pickwick, supra*, and *Columbia Records, supra*, the actual presser of the records were found to be manufacturers.

The term "manufacture" as used in the language today no doubt includes the word "make"; and the converse is likewise doubtless true in modern usage, but it does not follow that "manufacture" and "make" invariably have the same meaning. For example, in the *Shorter Oxford English Dictionary*, the term "manufacture" is defined as:

The making of articles of material (now, on a large scale) by physical labour or mechanical power ... A branch of productive industry.

The same dictionary indicates that in earlier times, the word had a connotation of "working with the

statué que le responsable du pressage ou la personne chargée de fonctions analogues, à savoir la production matérielle du produit fini, le disque, «fabriquait» le disque. Dans son acception moderne, le mot «fabriquer» implique la production d'un article sur une grande échelle ou à la suite du travail de deux ou plusieurs participants, sous-traitants ou non. Ainsi les divers éléments peuvent être confectionnés par différentes personnes et le produit fini peut être assemblé ou préparé pour la mise en marché par le fabricant. On peut également appeler cette personne un «confectionneur» parce que de nos jours les mots «confectionner» et «fabriquer» a un sens voisin. En réalité, le mot «fabriquer» a un sens plus large et peut s'appliquer à la personne qui, matériellement ou réellement, ne confectionne, ne fait ou n'assemble rien mais qui, à titre «d'entrepreneur général», coordonne les activités des diverses personnes qui travaillent ensemble à la fabrication des divers éléments ou parties. Il est en conséquence plus facile de conclure que le responsable du pressage du disque a confectionné le disque que de conclure qu'il l'a fabriqué, mais il est évident, du point de vue de l'usage linguistique, que les deux mots désignent les actes accomplis par le responsable du pressage pour obtenir un produit fini, prêt à être utilisé. Dans l'arrêt *Ricordi*, précité, le mot «fabriquer» semble comprendre toutes les étapes essentielles de la fabrication. Dans les arrêts *Pickwick* et *Columbia Records*, précités, on a conclu que ceux qui ont effectivement pressé les disques étaient des fabricants.

Il ne fait aucun doute qu'actuellement le mot «fabriquer» comprend le mot «confectionner» et, même si l'inverse est également vrai, il ne s'ensuit pas que les mots «fabriquer» et «confectionner» aient toujours le même sens. Le *Shorter Oxford English Dictionary* définit comme suit le mot «*manufacture*» (fabriquer):

[TRADUCTION] La confection d'éléments d'un objet (de nos jours, sur une grande échelle) manuellement ou par des procédés mécaniques ... Partie d'une activité productive.

Le même dictionnaire signale qu'à une certaine époque, le mot avait une connotation de [TRADUC-

hands; a manual occupation, handicraft”, perhaps by reason of the Latin root, *manu facere*, which refers to making by hand. On the other hand, this dictionary assigns the following meaning to the verb “to make”:

To produce by combination of parts, or by giving a certain form to a portion of matter; to construct, fashion, bring into existence.

The word “make” is defined in the *Random House Dictionary* as:

1. to bring into existence by shaping or changing material, combining parts, etc.; . . .

2. to produce; cause to exist; bring about:

Reference is then made by way of contrast perhaps to the term “manufacture” as follows:

Manufacture usually refers to producing something from material that requires conversion from one state or condition to another, now almost entirely by means of machinery in a relatively complex process: to manufacture automobiles by the assembly of different parts.

In *Webster’s New International Dictionary* (2nd ed.) “make” is defined as follows:

to form or fashion physically;

In the context of s. 3 of the *Copyright Act* the verb “to make” includes the direct sense of physically causing the record to come into being. It may also include the general activity of bringing about the production of the record and the indirect actions associated therewith, but that phase of the meaning of the word is not, in these proceedings, directly applicable. In my view, the person who by means of stampers, dies or other devices and procedures, forms plastics and other materials into discs, and imprints thereon grooves and tracks “by means of which the work may be mechanically performed”, has thereby within the meaning of s. 3(1)(d) made a record.

There may be persons involved in one or more stages in the production chain leading to the creation of the record as the end product who have, in the sense of s. 3, thereby ‘made a record’. Conversely, there may be persons who, through a coordinating role analogous to that of a general contractor, will be deemed in some circumstances

TION] «travail manuel, d’artisanat», peut-être à cause de l’origine latine du mot, *manu facere*, qui désigne un travail manuel. En revanche, le même dictionnaire donne la définition suivante du verbe «to make» (confectionner):

[TRADUCTION] Produire en assemblant des pièces ou en donnant une certaine forme à une partie d’un objet; construire, modeler, créer.

Le *Random House Dictionary* définit comme suit le mot «make» (confectionner):

[TRADUCTION] 1. créer en façonnant ou en transformant une matière, en assemblant des pièces, etc.;

2. produire, donner l’existence, causer:

Par opposition peut-être, voici en quels termes il renvoie au mot «*manufacture*» (fabriquer):

[TRADUCTION] Fabriquer désigne habituellement la production d’un objet à l’aide de matières transformées, de nos jours presque exclusivement par des procédés mécaniques relativement complexes: fabriquer des automobiles en assemblant différentes pièces.

Le *Webster’s New International Dictionary* (2^e éd.) définit comme suit le mot «make» (confectionner):

[TRADUCTION] former ou modeler matériellement;

Dans le contexte de l’art. 3 de la *Loi sur le droit d’auteur*, le verbe «confectionner» comprend le sens premier de donner existence au disque. Il peut évidemment comprendre les activités générales liées à la production d’un disque de même que les actes qui y sont indirectement liés mais, en l’espèce, ce dernier sens n’est pas pertinent. A mon avis, la personne qui, à l’aide de moules, de matrices et d’autres moyens et procédés, transforme le plastique et d’autres matières en un disque et qui, par pressage, y creuse des sillons «à l’aide desquels l’œuvre pourra être exécutée mécaniquement», confectionne un disque au sens de l’al. 3(1)d).

Certaines personnes peuvent ne travailler qu’à une ou plusieurs étapes de la production d’un disque et quand même «confectionner une empreinte» (un disque) au sens de l’art. 3. Inversement, certaines personnes ayant un rôle de coordonnateur analogue à celui d’un entrepreneur général seront réputées, dans certaines circonstances, avoir

to have made the record even though they may not have physically themselves brought into being either the record or any material, intermediate tool, or piece of equipment in the production of the record. None of these questions need on this appeal be determined. Sufficient it be to determine, as I have done, that Compo did indeed make the record in breach of the respondents' sole right as the owners of the copyright, so to do. I therefore would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Hayhurst, Dale & Deeth, Toronto.

Solicitor for the respondents: Donald F. Sim, Toronto.

confectionné le disque, même si elles n'ont pas matériellement produit le disque ni aucun élément, outil ou pièce d'équipement nécessaire à la production du disque. Il n'est pas nécessaire de trancher ces questions en l'espèce. Aux fins du présent pourvoi, il suffit de décider, comme je l'ai fait, que Compo a effectivement confectionné le disque et a de ce fait violé le droit exclusif des intimées en tant que titulaires du droit d'auteur. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoir rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Hayhurst, Dale & Deeth, Toronto.

Procureur des intimées: Donald F. Sim, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant;*

and

William James Riddle *Respondent.*

1979: February 28; 1979: October 2.

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

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF ALBERTA, APPELLATE DIVISION

Criminal law — Common assault charge — Non-appearance of informant — Refusal of Crown's request for adjournment — Charge dismissed — New information sworn in identical terms to first information — Plea of autrefois acquit — Whether plea available in respect of summary conviction offence — Order of dismissal does not supplant right to raise plea — No requirement for trial "on the merits" — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 734, 743(1), (2).

Accused was charged with common assault. He pleaded not guilty and the matter was adjourned for trial. At the trial the Crown applied for an adjournment as the complainant was not present. The application was refused. As the Crown called no evidence, the charge was dismissed and the accused was discharged.

A week later, the complainant swore a new information in terms identical to the first information. When the matter came on before another provincial court judge, the accused entered a plea of *autrefois acquit* and the charge was dismissed. In a Crown appeal by way of stated case, it was held that the plea was available in respect of a summary conviction offence and that it was applicable in the present case. The Crown took a further, unsuccessful appeal to the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta and finally sought leave to appeal to this Court. Leave was granted on the following grounds: 1. That the Appellate Division erred in law in holding that an order of dismissal issued pursuant to s. 743 of the *Criminal Code* does not supplant the common law right to raise the special plea of *autrefois acquit* in a summary conviction court. 2. That the Appellate Division of the Supreme Court erred in law in holding that the information was dealt with on the merits.

Sa Majesté La Reine *Appelante;*

et

William James Riddle *Intimé.*

1979: 28 février; 1979: 2 octobre.

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

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

Droit criminel — Accusation de voies de fait simples — Non-comparution du dénonciateur — Refus d'accorder au ministère public une demande d'ajournement — Accusation rejetée — Nouvelle dénonciation sous serment en termes identiques à la première — Moyen de défense d'autrefois acquit — Ce moyen de défense est-il opposable à une accusation d'infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité? — Une ordonnance de rejet n'a pas préséance sur le droit d'invoquer le moyen de défense — Il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu un procès «sur le fond» — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 734, 743(1), (2).

L'accusé a été inculpé de voies de fait simples. Il a nié sa culpabilité et l'affaire a été ajournée pour le procès. A la date du procès, la Couronne a demandé un ajournement vu l'absence du plaignant. La demande a été refusée. Comme le ministère public n'a pas fait de preuve, l'accusation a été rejetée et l'accusé libéré.

Une semaine plus tard, le plaignant a déposé une autre dénonciation sous serment en des termes identiques à la première. A l'audience devant un autre juge de la cour provinciale, l'accusé a présenté un plaidoyer d'*autrefois acquit* et l'accusation a été rejetée. A l'issue d'un appel du ministère public par voie d'exposé de cause, il a été jugé que ce moyen de défense était opposable à une accusation d'infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité et applicable en l'espèce. Le ministère public a interjeté en vain un autre appel devant la Division d'appel de la Cour suprême d'Alberta pour finalement demander une autorisation de pourvoi à cette Cour. L'autorisation a été accordée sur les points suivants: 1. Que la Division d'appel a commis une erreur de droit en statuant qu'une ordonnance de rejet rendue en vertu de l'art. 743 du *Code criminel* n'a pas préséance sur le droit reconnu par la *common law* d'invoquer le moyen de défense spécial d'*autrefois acquit* devant une cour des poursuites sommaires. 2. Que la Division d'appel de la Cour suprême a commis une erreur de droit en statuant que la dénonciation avait été entendue sur le fond.

Held: The appeal should be dismissed.

As to the plea of *autrefois acquit* at common law, the formal status of the plea and the pleading and procedural technicalities of an earlier day should not stand in the way of an accused raising as a defence the fact that he has been previously acquitted of the offence with which he now stands charged. The proper procedure in summary conviction matters is not to raise the special plea of *autrefois acquit*, but simply to enter a general plea of not guilty embracing the concept of *res judicata*. Technically, such a general plea is not one of *autrefois acquit* but as stated in *Flatman v. Light*, [1946] 1 K.B. 414 at p. 419, "... that does not matter". The court gives effect to the broad maxim, *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*. The charge has been dismissed by a court of competent jurisdiction and the accused shall not be charged again with the same matter.

The submission that the special pleas authorized in Part XVII (ss. 534-537) of the *Criminal Code*, headed "Procedure by Indictment", are not available in respect of summary conviction offences, provision for which is contained in Part XXIV, failed. Something akin to the plea of *autrefois acquit* was available at common law to a defendant accused of an offence punishable by summary conviction. That being so, it would take language other than that found in ss. 534 to 537 to manifest an intent on the part of Parliament to take away such defence.

Under s. 734, the *Code* provides that where, as here, the defendant appears for the trial and the prosecutor does not appear, the summary conviction court may dismiss the information. Under s. 743, it is then open to the defendant to request the court to draw up an order of dismissal, a certified copy of which, without further proof, is a bar to any subsequent proceedings against him in respect of the same cause. However, the failure of the defendant in the present case to obtain a certificate was not fatal to his position. Section 743 is intended to supplement, and not to supplant, common law rights. It is in aid, rather than in derogation, of those rights. The certificate affords a mechanism, borrowed from English statute law of some antiquity, facilitating proof of dismissal of an information. The granting of a certificate is in the nature of an administrative act recording the judgment of the summary conviction court. It is not a judicial act.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

En ce qui concerne le plaidoyer d'*autrefois acquit* reconnu par la *common law*, le statut formel de ce plaidoyer et les plaidoiries et formalités de procédure d'une autre époque ne doivent pas être un obstacle pour un accusé qui invoque comme moyen de défense le fait qu'il a été antérieurement acquitté de l'infraction dont il est maintenant accusé. La bonne façon de procéder en matière de déclaration sommaire de culpabilité n'est pas d'invoquer le moyen de défense spécial d'*autrefois acquit* mais simplement de présenter un plaidoyer général de non-culpabilité englobant le concept de *res judicata*. Strictement, un tel plaidoyer général n'est pas un plaidoyer d'*autrefois acquit* mais, comme on l'a dit dans *Flatman v. Light*, [1946] 1 K.B. 414, à la p. 419, «... cela ne fait rien». La cour applique la maxime générale *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*. L'accusation a été rejetée par une cour compétente et l'accusé ne doit pas être inculpé de nouveau pour la même affaire.

On ne peut retenir l'argument que les moyens de défense spéciaux autorisés en vertu de la Partie XVII (art. 534 à 537) du *Code criminel*, intitulée «Procédure par acte d'accusation», ne peuvent être invoqués à l'égard d'infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité régie par les dispositions de la Partie XXIV. Un moyen semblable au plaidoyer d'*autrefois acquit* existait en *common law* pour un défendeur accusé d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité. Ainsi, il faudrait un texte différent de celui des art. 534 à 537 pour exprimer l'intention du Parlement de retirer ce moyen de défense.

En vertu de l'art. 734, le *Code* dispose que lorsque, comme en l'espèce, le défendeur comparait pour le procès et que le poursuivant ne comparait pas, la cour des poursuites sommaires peut rejeter la dénonciation. Le défendeur peut alors demander à la Cour, conformément à l'art. 743, de rédiger une ordonnance de rejet dont une copie certifiée constitue, sans autre preuve, une fin de non-recevoir à l'égard de toutes procédures subséquentes contre lui pour la même affaire. Toutefois, le défaut du défendeur d'obtenir un certificat n'est pas fatal à la position de ce dernier. L'article 743 a pour objet de compléter et non pas de supplanter les droits reconnus par la *common law*. Il constitue un appui, et non une dérogation, à ces droits. Ce certificat fournit un mécanisme, emprunté à l'ancien droit écrit anglais, pour faciliter la preuve du rejet d'une dénonciation. La remise d'un certificat est un acte administratif qui constate le jugement de la cour des poursuites sommaires. Ce n'est pas un acte judiciaire.

With respect to the second ground upon which leave to appeal was granted, should the accused avail himself of the certificate provided for in s. 743(1), subs. (2) bars any subsequent proceedings in respect of the same cause, without reference to the events giving rise to the dismissal. In principle, there is no reason why a different situation ought to prevail where the defendant has not obtained the certified copy. Nor, in principle, is it easy to distinguish between the situation where the Crown leads evidence which fails to make out a case for the defendant to answer and the situation where, as here, no evidence is led. So long as the case has proceeded to a verdict and a dismissal, that should be sufficient.

The term "on the merits" does nothing to further the test for the application of the *bis vexari* maxim. There is no basis, in the *Code* or in the common law, for any superadded requirement that there must be a trial "on the merits". That phrase merely serves to emphasize the general requirement that the previous dismissal must have been made by a court of competent jurisdiction, whose proceedings were free from jurisdictional error and which rendered judgment on the charge.

R. v. Cooper (1971), 3 C.C.C. (2d) 261; *R. v. Osborne* (1975), 25 C.C.C. (2d) 405, not approved; *R. v. Blair and Karashowsky* (1975), 25 C.C.C. (2d) 47; *R. v. Canadian Pacific Ltd.* (1976), 32 C.C.C. (2d) 14; *R. v. Ross* (1977), 34 C.C.C. (2d) 483; *R. v. Davis and Lakehead Bag Co.* (1977), 37 C.R.N.S. 302; *R. v. O'Connell* (1977), 1 C.R. (3d) 1; *R. v. Firth* (1970), 12 C.R.N.S. 184; *R. v. Kinch* (1974), 20 C.C.C. (2d) 301; *Weymss v. Hopkins* (1875), 10 L.R.Q.B. 378; *Flatman v. Light*, [1946] 1 K.B. 414; *R. v. Badiuk* (1930), 53 C.C.C. 63; *R. v. Hutchins* (1880), 49 L.J.M.C. 64; *Hancock v. Somes* (1859), 28 L.J.M.C. 196; *R. v. Myshrall* (1971), 4 C.C.C. (2d) 156; *R. v. Stokes* (1917), 29 C.C.C. 144; *R. v. Church Knowle* (1837), 7 Ad. & E. 471; *Tunncliffe v. Tedd* (1848), 5 C.B. 553; *Vaughton v. Bradshaw* (1860), 9 C.B. (N.S.) 103; *Reed v. Nutt* (1890), 24 Q.B.D. 669; *R. v. Commodore Hotel (Windsor) Ltd.* (1955), 111 C.C.C. 165; *Burns v. Gan* (1955), 112 C.C.C. 395; *R. v. Hatherley* (1971), 4 C.C.C. (2d) 242; *Haynes v. Davis*, [1915] 1 K.B. 332; *R. v. Ecker and Fry* (1929), 64 O.L.R. 1; *Welch v. R.*, [1950] S.C.R. 412, referred to.

APPEAL by the Crown from a judgment of the Supreme Court of Alberta, Appellate Division¹, dismissing an appeal from a judgment of Laycraft J. in an appeal by way of stated case from a

¹ [1977] 5 W.W.R. 58.

En ce qui concerne le second moyen à l'égard duquel l'autorisation de pourvoi a été accordée, si l'accusé demande le certificat prévu au par. 743(1), le par. (2) constitue une fin de non-recevoir à l'égard de toute procédure subséquente pour la même affaire, indépendamment des événements qui ont donné lieu au rejet. En principe, il ne saurait en être autrement lorsque le défendeur n'a pas obtenu la copie certifiée. Il n'y aurait pas lieu non plus, en principe, de faire une distinction entre la situation où le ministère public présente une preuve insuffisante à laquelle le défendeur n'est pas appelé à répondre et celle où, comme en l'espèce, aucune preuve n'est présentée. Il suffit que l'affaire soit allée jusqu'au verdict et au rejet.

L'expression «sur le fond» n'ajoute rien au critère d'application de la maxime *bis vexari*. Rien dans le *Code* ou dans la *common law* ne justifie l'exigence additionnelle qu'il doit y avoir eu un procès «sur le fond». Cette expression sert simplement à faire ressortir l'exigence générale que le rejet antérieur doit avoir été prononcé par une cour compétente dont les procédures n'étaient pas entachées d'excès de compétence et qui a rendu jugement sur l'accusation.

Jurisprudence: *R. v. Cooper* (1971), 3 C.C.C. (2d) 261; *R. v. Osborne* (1975), 25 C.C.C. (2d) 405, arrêt critiqué; *R. v. Blair and Karashowsky* (1975), 25 C.C.C. (2d) 47; *R. v. Canadian Pacific Ltd.* (1976), 32 C.C.C. (2d) 14; *R. v. Ross* (1977), 34 C.C.C. (2d) 483; *R. v. Davis and Lakehead Bag Co.* (1977), 37 C.R.N.S. 302; *R. v. O'Connell* (1977), 1 C.R. (3d) 1; *R. v. Firth* (1970), 12 C.R.N.S. 184; *R. v. Kinch* (1974), 20 C.C.C. (2d) 301; *Weymss v. Hopkins* (1875), 10 L.R.Q.B. 378; *Flatman v. Light*, [1946] 1 K.B. 414; *R. v. Badiuk* (1930), 53 C.C.C. 63; *R. v. Hutchins* (1880), 49 L.J.M.C. 64; *Hancock v. Somes* (1859), 28 L.J.M.C. 196; *R. v. Myshrall* (1971), 4 C.C.C. (2d) 156; *R. v. Stokes* (1917), 29 C.C.C. 144; *R. v. Church Knowle* (1837), 7 Ad. & E. 471; *Tunncliffe v. Tedd* (1848), 5 C.B. 553; *Vaughton v. Bradshaw* (1860), 9 C.B. (N.S.) 103; *Reed v. Nutt* (1890), 24 Q.B.D. 669; *R. v. Commodore Hotel (Windsor) Ltd.* (1955), 111 C.C.C. 165; *Burns v. Gan* (1955), 112 C.C.C. 395; *R. v. Hatherley* (1971), 4 C.C.C. (2d) 242; *Haynes v. Davis*, [1915] 1 K.B. 332; *R. v. Ecker and Fry* (1929), 64 O.L.R. 1; *Welch c. R.*, [1950] R.C.S. 412.

POURVOI interjeté par le ministère public à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême d'Alberta¹, qui a rejeté un appel par voie d'exposé de cause d'un jugement du juge

¹ [1977] 5 W.W.R. 58.

decision of Stevenson Prov. J. accepting a plea of *autrefois acquit* on a summary conviction offence and dismissing the information against the accused. Appeal dismissed.

Paul Chrumka, Q.C., and Miss Donna J. Martinson, for the appellant.

Marlin Moore, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—Two questions of considerable practical importance emerge in this appeal: Can an accused raise the special plea of *autrefois acquit* in a summary conviction court? If so, is the plea available when in the earlier proceeding the charge is dismissed following non-appearance of the informant and refusal of an adjournment? Judicial authority and textbook opinion have been divided on both issues. Thus far, the respondent Riddle has succeeded in three Courts in Alberta.

Judicial History

Riddle was charged with common assault. He pleaded not guilty and the matter was adjourned for trial. On the appointed date, a provincial judge endorsed the information: "Accused here. I prefer not to hear this case. Trial October 22/75 at 10.00 a.m. by consent."

On October 22, Riddle appeared with his counsel, and the proceedings were as follows:

Mr. Duncan: Sir, this matter is set for trial this morning. I believe the Crown witness is here on this. Is Mr. DeBruin in the courtroom? Mr. Cairn? Is Mr. DeBruin here today? Sir, it appears that the informant, the complainant in this case is not present. The Crown would make an application for an adjournment at this time.

Laycraft confirmant une décision du juge Stevenson de la cour provinciale qui a accueilli un plaidoyer d'*autrefois acquit* sur une infraction punissable par déclaration sommaire de culpabilité et qui a rejeté la dénonciation portée contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

Paul Chrumka, c.r., et Donna J. Martinson, pour l'appelante.

Marlin Moore, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DICKSON—Deux questions d'une importance pratique considérable se dégagent de ce pourvoi: un accusé peut-il invoquer le moyen de défense spécial d'*autrefois acquit* devant une cour des poursuites sommaires? Dans l'affirmative, peut-il invoquer ce moyen lorsque dans la procédure antérieure l'accusation a été rejetée par suite de la non-comparution du dénonciateur et du refus d'accorder un ajournement? La jurisprudence et la doctrine sont divisées sur les deux questions. Jusqu'à maintenant, l'intimé Riddle a obtenu gain de cause devant trois cours de l'Alberta.

Historique judiciaire

Riddle a été accusé de voies de fait simples. Il a nié sa culpabilité et l'affaire a été ajournée pour le procès. A la date fixée, un juge de la cour provinciale a inscrit la mention suivante sur la dénonciation [TRADUCTION] «Accusé présent. Je préfère ne pas entendre cette affaire. Procès fixé de consentement au 22 octobre 1975 à 10h.»

Le 22 octobre, Riddle a comparu avec son avocat. Voici la transcription des procédures:

[TRADUCTION] M^e Duncan: Monsieur, l'audition de (comparaissant pour le ministère public) cette affaire a été fixée à ce matin. Je crois que le témoin du ministère public est présent à cette fin. M. DeBruin est-il dans la salle d'audience? M. Cairn? M. DeBruin est-il ici aujourd'hui? Monsieur, il semble que le dénonciateur, le plaignant en l'espèce n'est pas présent. Le ministère public demande que l'on ajourne maintenant.

| | | | |
|--|--|---|---|
| The Court: | What is the position of the Defence? | La Cour: | Quelle est la position de la défense? |
| Mr. Daines: (appearing for the accused) | Your Honour, we are here and prepared to proceed. We were prepared to proceed on the last occasion when this was set down for trial and at that time the case wasn't reached before Judge Harvie. There were too many cases on. I wish to state I think it should be dismissed at this point because we are prepared to proceed. | M ^e Daines: (comparaissant pour l'accusé) | Votre Honneur, nous sommes présents et prêts à procéder. Nous étions prêts à procéder la dernière fois lorsque cette affaire était fixée pour audition et à cette époque le juge Harvie n'a pas entendu l'affaire. Le rôle était trop chargé. A mon avis l'accusation devrait être rejetée maintenant puisque nous sommes prêts à procéder. |
| The Court: | Is there any explanation why the witness is not present? | La Cour: | Y a-t-il une explication à l'absence du témoin? |
| Mr. Duncan: | No information at all, sir, why he is not here. | M ^e Duncan: | Nous ignorons, monsieur la raison de son absence. |
| The Court: | I would not grant an adjournment. I would ask the Crown to call evidence. Is the Crown in a position to do so? | La Cour: | Je suis d'avis de refuser l'ajournement et de demander au ministère public de faire sa preuve. Le ministère public est-il prêt? |
| Mr. Duncan: | No, sir, the Crown is calling no evidence. | M ^e Duncan: | Non monsieur, le Ministère public n'a pas de preuve à présenter. |
| The Court: | I would dismiss the charge and discharge the accused. | La Cour: | Je suis d'avis de rejeter l'accusation et de libérer l'accusé. |
| Mr. Daines: | Thank you, your honour. | M ^e Daines: | Merci, votre Honneur. |

A week later, the complainant swore a new information in terms identical to the first information. When the matter came on before another provincial court judge, Riddle entered a plea of *autrefois acquit* and the charge was dismissed. A Crown appeal by stated case was heard by Laycraft J., who in a carefully considered judgment held that the plea was available in respect of a summary conviction offence and that it was applicable in the present case. The Crown took a further, unsuccessful appeal to the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta and finally sought leave to appeal to this Court. Leave was granted on the following grounds:

1. That the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta erred in law in holding that an order of dismis-

Une semaine plus tard, le plaignant a déposé une autre dénonciation sous serment en des termes identiques à la première. A l'audience devant un autre juge de la cour provinciale, Riddle a présenté un plaidoyer d'*autrefois acquit* et l'accusation a été rejetée. Un appel du ministère public par voie d'exposé de cause a été entendu par le juge Laycraft qui, dans des motifs soigneusement rédigés, a conclu que ce moyen de défense était opposable à une accusation d'infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité et applicable en l'espèce. Le ministère public a interjeté en vain un autre appel devant la Division d'appel de la Cour suprême d'Alberta pour finalement demander une autorisation de pourvoi à cette Cour. L'autorisation a été accordée sur les points suivants:

[TRADUCTION] 1. Que la Division d'appel de la Cour suprême d'Alberta a commis une erreur de droit en

sal issued pursuant to Section 743 of the *Criminal Code* does not supplant the common law right to raise the special plea of *autrefois acquit* in a summary conviction court.

2. That the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta erred in law in holding that the Information was dealt with on the merits.

The Plea of *autrefois acquit* at Common Law

One of the fundamental rules of the criminal law is expressed in the maxim, *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*, no person shall be placed in jeopardy twice for the same matter. By the special plea of *autrefois acquit*, founded upon that maxim, the accused says simply that he has been previously acquitted of the offence with which he is now charged; that offence is *res judicata*, i.e. it has passed into a matter adjudged. A second prosecution is, therefore, not open. In the case at bar, the respondent says that the assault alleged in the first information has become converted into *res judicata* or judgment.

The classic statement of the principle is found in Hawkins' *Pleas of the Crown* (1726), Bk. II, c. 35, p. 368:

That a man shall not be brought into danger of his life for one and the same offence more than once. From whence it is generally taken, by all the Books, as an undoubted consequence, that where a man is once found *not guilty* on an indictment or appeal free from error, and well commenced before any court which hath jurisdiction of the cause, he may by the common law in all cases whatsoever plead such acquittal in bar of any subsequent indictment or appeal for the same crime.

In short, when a criminal charge has been once adjudicated by a court having jurisdiction, the adjudication is final and will be an answer to a later information founded on the same ground of complaint.

Through a series of cases, the Appellate Division of the Alberta Supreme Court has elaborated its

statuant qu'une ordonnance de rejet rendue en vertu de l'article 743 du *Code criminel* n'a pas préséance sur le droit reconnu par la *common law* d'invoquer le moyen de défense spécial d'*autrefois acquit* devant une cour des poursuites sommaires.

2. Que la Division d'appel de la Cour suprême d'Alberta a commis une erreur de droit en statuant que la dénonciation avait été entendue sur le fond.

Le plaidoyer d'*autrefois acquit* en common law

Une des règles fondamentales du droit criminel est exprimée dans la maxime *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*, personne ne doit risquer d'être condamné deux fois pour la même infraction. Par le plaidoyer spécial d'*autrefois acquit*, fondé sur cette maxime, l'accusé dit simplement qu'il a été antérieurement acquitté de l'infraction dont il est maintenant accusé; cette infraction est *res judicata*, c.-à-d. elle est devenue chose jugée. Il est donc impossible d'intenter une deuxième poursuite. En l'espèce, l'intimé prétend que l'accusation de voies de fait dans la première dénonciation est devenue *res judicata* ou a été jugée.

On trouve l'énoncé classique du principe dans l'ouvrage d'Hawkins, *Pleas of the Crown* (1726), Bk. II. chap. 35, à la p. 368:

[TRADUCTION] Que la vie d'un homme ne doit pas être mise plus d'une fois en péril pour le même crime. Ainsi, la doctrine reconnaît généralement comme conséquence inévitable que, lorsqu'un homme a déjà été déclaré *non coupable* par suite d'une mise en accusation ou d'un appel non entaché d'erreur, dûment présenté devant une cour compétente pour connaître de l'affaire, il peut dans tous les cas, en vertu de la *common law*, invoquer cet acquittement comme fin de non-recevoir à l'égard de toute accusation subséquente ou appel pour le même crime.

Bref, lorsqu'une cour compétente s'est déjà prononcée sur une accusation criminelle, la décision est finale et sera opposable à une dénonciation subséquente basée sur les mêmes motifs de plainte.

Dans une série d'arrêts, la Division d'appel de la Cour suprême d'Alberta a élaboré sa position sur

views on the availability of *autrefois acquit* in summary conviction matters and the extent of that plea: *R. v. Blair and Karashowsky*²; *R. v. Canadian Pacific Ltd.*³; and this case. These decisions have effectively overturned the earlier decision of the Alberta Appeal Court in *R. v. Cooper*⁴. The views reflected in the more recent decisions appear to find support in British Columbia and Ontario in *R. v. Ross*⁵ and *R. v. Davis and Lakehead Bag Co.*⁶ at p. 311 (*dicta* of Wilson J.A.), as well as in Prince Edward Island, *R. v. O'Connell*⁷. The judgment of Morrow J., of the Northwest Territories Territorial Court, in *R. v. Firth*⁸, and of Nicholson J. in the Prince Edward Island Supreme Court in *R. v. Kinch*⁹ give further weight to the judgment here under appeal. A contrary view was held in *R. v. Osborne*¹⁰.

Here the Crown appellant relies upon the cases of *Cooper* and *Osborne*. In *Osborne*, Limerick J.A. laid emphasis upon the historic availability of the plea of *autrefois acquit* in respect of indictable offences and not in summary conviction matters. Those involved in summary conviction courts "were not expected to have the nicety of legal perception to comprehend the legal concepts involved" in such pleas and, instead, more general powers of dismissal were confided to Justices of the Peace. Such powers were unnecessary in indictable matters, where the special pleas and the participation of the Attorney General assured greater control over the process. Limerick J.A. then finds further support for this distinction in the presence of ss. 535 to 537 in the "Procedure by Indictment" part of the *Criminal Code* and an absence of corresponding provisions in Part XXIV. In the result, he held that the intention of Parliament was "to replace those special pleas in summary conviction cases with the statutory relief

la possibilité d'invoquer la défense d'*autrefois acquit* dans des affaires où l'infraction est punissable sur déclaration sommaire de culpabilité ainsi que sur la portée de ce plaidoyer: *R. v. Blair and Karashowsky*²; *R. v. Canadian Pacific Ltd.*³; et la présente affaire. Ces arrêts ont en réalité contredit l'arrêt antérieur de la Cour d'appel d'Alberta dans *R. v. Cooper*⁴. L'opinion qui se dégage des dernières décisions semble trouver appui en Colombie-Britannique et en Ontario dans *R. v. Ross*⁵ et *R. v. Davis and Lakehead Bag Co.*⁶, à la p. 311 (*dicta* du juge Wilson), ainsi qu'à l'Île-du-Prince-Édouard, *R. v. O'Connell*⁷. Le jugement du juge Morrow de la cour territoriale des territoires du Nord-Ouest, dans *R. v. Firth*⁸, et celui du juge Nicholson de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard dans *R. v. Kinch*⁹ donnent davantage de poids à l'arrêt porté en appel ici. Une opinion contraire a été exprimée dans *R. v. Osborne*¹⁰.

Ici, le ministère public appelant s'appuie sur les arrêts *Cooper* et *Osborne*. Dans *Osborne*, le juge Limerick de la Cour d'appel a insisté sur l'accessibilité historique au plaidoyer d'*autrefois acquit* pour les actes criminels et non pas pour les infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité. [TRADUCTION] «On ne s'attend pas à ce que ces personnes (celles qui œuvrent dans les cours des poursuites sommaires) perçoivent toutes les subtilités juridiques nécessaires pour comprendre les concepts juridiques en jeu» dans ces plaidoyers, et on a plutôt confié aux juges de paix des pouvoirs plus généraux aux fins de rejeter les poursuites. Ces pouvoirs n'étaient pas nécessaires pour les actes criminels où les moyens de défense spéciaux et la participation du procureur général assuraient un meilleur contrôle de la procédure. Le juge Limerick trouve ensuite un autre appui pour faire cette distinction aux art. 535 à 537 qui se trouvent dans la partie du *Code criminel* qui traite de la «Procédure par acte d'accusation», et en

² (1975), 25 C.C.C. (2d) 47.

³ (1976), 32 C.C.C. (2d) 14.

⁴ (1971), 3 C.C.C. (2d) 261.

⁵ (1977), 34 C.C.C. (2d) 483 (B.C.C.A.)

⁶ (1977), 37 C.R.N.S. 302 (Ont. C.A.)

⁷ (1977), 1 C.R. (3d) 1 (P.E.I.S.C. *in banco*).

⁸ (1970), 12 C.R.N.S. 184.

⁹ (1974), 20 C.C.C. (2d) 301.

¹⁰ (1975), 25 C.C.C. (2d) 405 (N.B.S.C.A.D.).

² (1975), 25 C.C.C. (2d) 47.

³ (1976), 32 C.C.C. (2d) 14.

⁴ (1971), 3 C.C.C. (2d) 261.

⁵ (1977), 34 C.C.C. (2d) 483 (C.A.C.-B.).

⁶ (1977), 37 C.R.N.S. 302 (C.A. Ont.).

⁷ (1977), 1 C.R. (3d) 1 (C.S. Î.-P.-É. *in banco*).

⁸ (1970), 12 C.R.N.S. 184.

⁹ (1974), 20 C.C.C. (2d) 301.

¹⁰ (1975), 25 C.C.C. (2d) 405 (D.A., C.S.N.-B.).

afforded by s. 743 of *Code*.”

With respect, it would seem that those finding *autrefois acquit* not available in summary conviction cases at common law give to that term its narrow and specialized meaning. Professor Friedland in his book, *Double Jeopardy* (1969), describes the special pleas at pp. 113-4, noting the need for a formal record of the former judgment, carefully engrossed on parchment. Supported by the older case of *Weymss v. Hopkins*¹¹ and the more recent case of *Flatman v. Light*¹², Friedland continues:

The special pleas are not strictly appropriate for cases tried by courts of summary jurisdiction, but the same result is reached by giving effect to the maxim *Nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*.

A technical approach was rejected by Lord Goddard in *Flatman* and such a narrow approach was dismissed by Blackburn J. in *Weymss* in these words:

I think the fact that the jurisdiction of the justices is created by statute makes no difference. Where the conviction is by a Court of competent jurisdiction, it matters not whether the conviction is by a summary proceeding before justices or by trial before a jury. (p. 38)

Further down the same page, Blackburn J. makes reference to the availability of a certificate “freeing [a person] from further proceedings, civil or criminal, for the same cause”, which goes further than the common law, but states explicitly that “in this case we must rely upon the common law”, and this is in relation to a summary conviction matter.

¹¹ (1875), 10 L.R. Q.B. 378.

¹² [1946], 1 K.B. 414 (C.C.A.).

l’absence de dispositions analogues dans la Partie XXIV. Il conclut finalement que l’intention du Parlement était [TRADUCTION] «de remplacer ces moyens de défense spéciaux pour les affaires punissables sur déclaration sommaire de culpabilité par le redressement prévu à l’art. 743 du *Code*».

Avec respect, je crois que ceux qui sont d’avis que l’on ne peut invoquer la défense d’*autrefois acquit* dans les affaires de déclaration sommaire de culpabilité en *common law* donnent à cette expression son sens étroit et spécialisé. Dans son livre *Double Jeopardy* (1969), le professeur Friedland décrit les moyens de défense spéciaux aux pp. 113 et 114, où il mentionne la nécessité de tenir un procès-verbal formel du jugement précédent, soigneusement inscrit sur parchemin. Trouvant appui dans l’ancien arrêt *Weymss v. Hopkins*¹¹ et celui plus récent *Flatman v. Light*¹², Friedland poursuit:

[TRADUCTION] Les moyens de défense spéciaux ne sont pas tout à fait appropriés aux affaires entendues par les cours des poursuites sommaires, mais on arrive au même résultat en appliquant la maxime *Nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*.

Dans *Flatman*, lord Goddard a rejeté la conception formaliste et dans *Weymss*, le juge Blackburn a rejeté dans les termes suivants cette conception si restreinte.

[TRADUCTION] Selon moi, il importe peu que le juge tire sa compétence de la loi écrite et non de la *common law*. Lorsque la déclaration de culpabilité est prononcée par une cour compétente, il importe peu qu’elle résulte d’une poursuite sommaire devant un juge ou d’un procès avec jury. (à la p. 38)

Plus loin à la même page, le juge Blackburn fait mention de la possibilité d’obtenir un certificat [TRADUCTION] qui met à l’abri d’autres procédures, civiles ou criminelles, pour la même cause», lequel va plus loin que la *common law*, mais il dit expressément que [TRADUCTION] «dans cette affaire, il faut s’appuyer sur la *common law*» et ceci concerne une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

¹¹ (1875), 10 L.R.Q.B. 378.

¹² [1946] 1 K.B. 414 (C.C.A.).

In his perceptive article, "Res Judicata in the Criminal Law" (1961), 3 Melbourne U.L. Rev. 101, Professor Howard states at p.112:

At the present day the distinction between courts of summary jurisdiction and superior courts occasions no difficulty. Although it is pedantically true that an *autrefois plea* can be made only to an indictment, there never has been any real doubt that an equivalent objection can be set up in summary proceedings.

In *Paley on Summary Convictions* (9th ed., 1926) at p. 367, the "*bis vexari*" maxim is stated to be of general application to civil and criminal proceedings, to actions, orders, summary convictions and indictments. The text continues:

Consequently, at common law a former conviction or acquittal, whether on a criminal summary proceeding or an indictment, will be an answer to an information of a criminal nature before justices *founded on the same facts*.

Fullerton J. A. in *R. v. Badiuk*¹³ seems to have been in no doubt that the plea of *autrefois acquit* was available at common law to a defendant proceeded against by way of summary conviction:

Counsel for the Crown contends that the plea of *autrefois acquit* is only available to a defendant in the case of a prosecution by indictment. Both the pleas of *autrefois acquit* and *autrefois convict* are founded upon the maxim "*nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*" and at common law were always available to a defendant whether proceeded against by way of summary conviction or upon indictment. See *Paley on Summary Convictions*, 9th ed., p. 367; *Stone's Justices Manual*, 1927, p. 180. (p. 66)

In *Tremear's Annotated Criminal Code* (6th ed., 1964) at p. 1531, the author, on the authority of *Weymss v. Hopkins*, states:

The general rule is that where a person has been convicted and punished for an offence by a court of competent jurisdiction, *transit in rem judicatam*, i.e. the conviction is a bar to all further proceedings for the same offence, and he must not be punished again for the same matter. This applies not only to indictable offences, but also to courts whose jurisdiction is entirely

Dans son article très judicieux, «Res Judicata in the Criminal Law» (1961), 3 Melbourne U.L. Rev. 101, le professeur Howard dit à la p. 112:

[TRADUCTION] Aujourd'hui, la distinction entre les cours des poursuites sommaires et les cours supérieures ne présente aucune difficulté. Bien qu'il soit *théoriquement* vrai qu'un plaidoyer d'*autrefois acquit* ou *convict* peut être présenté seulement contre un acte d'accusation, on n'a jamais réellement douté qu'un moyen semblable peut être invoqué dans des procédures sommaires.

Dans *Paley on Summary Convictions* (9^e éd., 1926) à la p. 367, on dit que la maxime «*bis vexari*» est d'application générale aux procédures civiles et criminelles, aux actions, ordonnances, poursuites sommaires et actes d'accusation. Le texte se poursuit ainsi:

[TRADUCTION] Par conséquent, en *common law* une déclaration de culpabilité ou un acquittement antérieur, que ce soit dans des procédures criminelles sommaires ou par acte d'accusation, sera opposable à une dénonciation de nature criminelle par voie de déclaration sommaire de culpabilité, *fondée sur les mêmes faits*.

Dans *R. v. Badiuk*¹³, le juge Fullerton semble n'avoir aucunement douté qu'un défendeur qui fait l'objet d'une poursuite sommaire puisse en *common law* invoquer la défense d'*autrefois acquit*:

[TRADUCTION] Le substitut du procureur général prétend que seul un défendeur dans une poursuite par acte d'accusation peut invoquer la défense d'*autrefois acquit*. Les plaidoyers d'*autrefois acquit* et *autrefois convict* sont fondés sur la maxime «*nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*» et ont toujours pu être invoqués en *common law* par un défendeur dans une poursuite sommaire ou par acte d'accusation. Voir *Paley on Summary Convictions*, 9^e éd., à la p. 367; *Stone's Justices Manual*, 1927, à la p. 180 (à la p. 66)

Dans *Tremear's Annotated Criminal Code* (6^e éd., 1964) à la p. 1531, se fondant sur l'arrêt *Weymss v. Hopkins*, l'auteur dit:

[TRADUCTION] La règle générale est que lorsqu'une personne a été reconnue coupable d'une infraction et punie par une cour compétente, *transit in rem judicatam*, c.-à-d. la déclaration de culpabilité constitue une fin de non-recevoir à l'égard de toute autre procédure pour la même infraction et elle ne doit pas être punie de nouveau pour la même affaire. Ceci s'applique non

¹³ (1930), 53 C.C.C. 63 (Man. C.A.).

¹³ (1930), 53 C.C.C. 63 (C.A. Man.).

statutory: *Weymss v. Hopkins* (1875), L.R. 10 Q.B. 378 (C.A.).

and at p. 1532:

It is doubtful if the plea of *autrefois* is applicable to proceedings before justices, because of the special rules as to raising such a plea. It is probably more correct to say that what a court of summary jurisdiction must do is to give effect to the maxim *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*: *Flatman v. Light*, [1946] K.B. 414, per Lord Goddard, C.J.; cf. *In re Deserted Wives' Maintenance Act*; *In re Wilson*, [1948] 1 W.W.R. 680 (B.C.); *Burns v. Gan* (1955), 112 C.C.C. 395 (Ont.).

Crankshaw's Criminal Code of Canada (7th ed., 1959) p. 748, is to the same effect.

The formal status of the plea of *autrefois acquit* and the pleading and procedural technicalities of an earlier day should not stand in the way of an accused raising as a defence the fact that he has been previously acquitted of the offence with which he now stands charged. The proper procedure in summary conviction matters is not to raise the special plea of *autrefois acquit*, but simply to enter a general plea of not guilty embracing the concept of *res judicata*. Technically, such a general plea is not one of *autrefois acquit* but, as Lord Goddard was moved to say in *Flatman v. Light*, *supra* at p. 419, "... that does not matter". The court gives effect to the broad maxim, *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*. The charge has been dismissed by a court of competent jurisdiction and the accused shall not be charged again with the same matter.

Criminal Code Provisions

The foregoing discussion has been concerned with the plea of *autrefois acquit* at common law. What concerns the Court in large measure in this appeal, however, are special statutory provisions found in the *Criminal Code* and their effect. I turn then to the *Code*.

The first reference should be to ss. 534 to 537 inclusive, coupled with s. 502. Section 535(1) provides specifically that an accused may plead the

seulement aux actes criminels mais également aux cours dont la compétence est entièrement prévue par loi écrite: *Weymss v. Hopkins* (1875), L.R. 10 Q.B. 378 (C.A.).

et à la p. 1532:

[TRADUCTION] Il est douteux que le plaider d'*autrefois acquit* ou *convict* soit applicable aux procédures par voie de déclaration sommaire de culpabilité, à cause des règles spéciales qui régissent ce plaider. Il est probablement plus exact de dire que la cour des poursuites sommaires doit donner effet à la maxime *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*: *Flatman v. Light*, [1946] K.B. 414, par le lord juge en chef Goddard: Voir *In re Deserted Wives' Maintenance Act*; *In re Wilson*, [1948] 1 W.W.R. 680 (C.-B.); *Burns v. Gan* (1955), 112 C.C.C. 395 (Ont.).

Crankshaw's Criminal Code of Canada (7^e éd., 1959), à la p. 748, va dans le même sens.

Le statut formel du plaider d'*autrefois acquit* et les plaidoiries et formalités de procédure d'une autre époque ne doivent pas être un obstacle pour un accusé qui invoque comme moyen de défense le fait qu'il a été antérieurement acquitté de l'infraction dont il est maintenant accusé. La bonne façon de procéder en matière de déclaration sommaire de culpabilité n'est pas d'invoquer le moyen de défense spécial d'*autrefois acquit* mais simplement de présenter un plaider général de non-culpabilité englobant le concept de *res judicata*. Strictement, un tel plaider général n'est pas un plaider d'*autrefois acquit* mais, comme l'a dit lord Goddard dans *Flatman v. Light*, précité à la p. 419, [TRADUCTION] «... cela ne fait rien». La cour applique la maxime générale *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*. L'accusation a été rejetée par une cour compétente et l'accusé ne doit pas être inculpé de nouveau pour la même affaire.

Dispositions du Code criminel

L'analyse qui précède a porté sur le plaider d'*autrefois acquit* en *common law*. Cependant, ce qui intéresse principalement la Cour dans ce pourvoi ce sont les dispositions spéciales du *Code criminel* et leur effet. J'examinerai maintenant le *Code*.

Il faut d'abord mentionner les art. 534 à 537 inclusivement, en corrélation avec l'art. 502. Le par. 535(1) prévoit spécifiquement qu'un accusé

special plea of (a) *autrefois acquit*, (b) *autrefois convict*, and (c) pardon. The *Code* provides further that the pleas shall be disposed of by the judge without a jury before the accused is called upon to plead further. Sections 534 to 537 are found in Part XVII of the *Code*, headed "Procedure by Indictment", and this has given rise to the argument that the special pleas are not available in respect of summary conviction offences, provision for which is contained in Part XXIV of the *Code*.

I do not think this submission can prevail. Something akin to the plea of *autrefois acquit* was available at common law to a defendant accused of an offence punishable by summary conviction. That being so, it would take language other than that found in ss. 534 to 537 to manifest an intent on the part of Parliament to take away such defence. The *Code* does not contain all the criminal law and Part XXIV does not contain all of the law relating to summary convictions. No authority is needed for the proposition that common law rights are not to be held to be taken away or affected by statute unless such an intent is made manifest by clear language or necessary implication. In the absence of irreconcilable conflict, full effect should be given to both common law and statute. Section 7(3) of the *Code* expressly continues in force every rule and principle of the common law that renders any circumstance a defence to a charge, except in so far as altered by, or inconsistent with, the *Code* or any other act of Parliament. Thus, while the special plea of *autrefois acquit* is not mentioned in the summary conviction provisions of the *Code*, one would have to take an unduly technical and narrow interpretation of that objection and ignore the common law of *Flatman* and *Weymss* in order to accept the position urged by the Crown.

Part XXIV of the *Code* contains two sections, 734 and 743, which, for ease of reference, I will set out below:

peut invoquer les moyens de défense spéciaux a) d'*autrefois acquit*, b) d'*autrefois convict*, et c) de pardon. Le *Code* prévoit de plus que le juge doit statuer sans jury sur les moyens de défense spéciaux avant que l'accusé soit appelé à plaider davantage. Les art. 534 à 537 se trouvent dans la Partie XVII du *Code* intitulée «Procédure par acte d'accusation»; c'est ce qui a donné lieu à la prétention qu'on ne peut pas invoquer les moyens de défense spéciaux à l'égard d'infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité régie par les dispositions de la Partie XXIV du *Code*.

Je ne puis retenir cet argument. Un moyen semblable au plaidoyer d'*autrefois acquit* existait en *common law* pour un défendeur accusé d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité. Ainsi, il faudrait un texte différent de celui des art. 534 à 537 pour exprimer l'intention du Parlement de retirer ce moyen de défense. Le *Code* ne contient pas tout le droit criminel et la Partie XXIV ne contient pas tout le droit sur les déclarations sommaires de culpabilité. Point n'est besoin de citer de précédents pour appuyer la proposition qu'il ne faut pas considérer que les droits reconnus par la *common law* ont été retirés ou modifiés par une loi à moins que cette intention n'ait été exprimée en des termes clairs ou par déduction nécessaire. A moins d'un conflit inconciliable, il faut donner plein effet et à la *common law* et à la loi. Le par. 7(3) du *Code* dit expressément que chaque règle et chaque principe de la *common law* qui font d'une circonstance un moyen de défense contre une accusation, demeurent en vigueur sauf s'ils sont modifiés par le *Code* ou une autre loi du Parlement ou s'ils sont incompatibles avec leurs dispositions. Ainsi, bien que le moyen de défense spécial d'*autrefois acquit* ne soit pas mentionné dans les dispositions du *Code* sur les déclarations sommaires de culpabilité, il faudrait donner une interprétation trop formaliste et trop étroite à ce moyen de défense et méconnaître la *common law* reconnue dans *Flatman* et *Weymss* pour accepter la thèse du ministère public.

La Partie XXIV du *Code* contient deux dispositions, les art. 734 et 743, que je cite maintenant pour faciliter la consultation:

734. Where, in proceedings to which this Part applies, the defendant appears for the trial and the prosecutor, having had due notice, does not appear, the summary conviction court may dismiss the information or may adjourn the trial to some other time upon such terms as it considers proper.

743. (1) Where the summary conviction court dismisses an information it may, if requested by the defendant, draw up an order of dismissal, and shall give to the defendant a certified copy of the order of dismissal.

(2) A copy of an order of dismissal, certified in accordance with subsection (1) is, without further proof, a bar to any subsequent proceedings against the defendant in respect of the same cause.

The *Code* is clear in providing that where, as here, the defendant appears for the trial and the prosecutor does not appear, the summary conviction court may dismiss the information. It is then open to the defendant to request the court to draw up an order of dismissal, a certified copy of which, without further proof, is a bar to any subsequent proceedings against him in respect of the same cause. No certificate was requested in the present case. It is the position of the Crown that failure to obtain a certificate is fatal to the position of the defendant. The Crown relies on the argument, reflected in the first question upon which leave to appeal was granted, that s. 743 supplants the common law right to raise the special plea of *autrefois acquit* in a summary conviction court. The effect of the argument is that a successful defendant must obtain a certificate of dismissal at the time of trial, failing which he has no protection from a second information. Nothing in the language of the *Code* leads to that conclusion. Section 743 is intended in my view to supplement, and not to supplant, common law rights. It is in aid, rather than in derogation, of those rights. The certificate affords a mechanism, borrowed from English statute law of some antiquity, facilitating proof of dismissal of an information.

Section 743 only deals with an order of dismissal and the effect of a certified copy of that order. It is, at the very least, implicit in that section that every dismissal for failure of the prosecutor to appear will be a bar to subsequent proceedings. As

734. Lorsque, dans des procédures que vise la présente Partie, le défendeur comparait pour le procès et que le poursuivant, ayant été dûment avisé, ne comparait pas, la cour des poursuites sommaires peut rejeter la dénonciation ou ajourner le procès aux conditions qu'elle estime opportunes.

743. (1) Lorsque la cour des poursuites sommaires rejette une dénonciation, elle peut, si le défendeur le demande, rédiger une ordonnance de rejet, et doit en donner au défendeur une copie certifiée.

(2) Une copie d'une ordonnance de rejet, certifiée d'après le paragraphe (1), constitue, sans autre preuve, une fin de non-recevoir à l'égard de toutes procédures subséquentes contre le défendeur pour la même affaire.

Le *Code* dispose clairement que lorsque, comme en l'espèce, le défendeur comparait pour le procès et que le poursuivant ne comparait pas, la cour des poursuites sommaires peut rejeter la dénonciation. Le défendeur peut alors demander à la cour de rédiger une ordonnance de rejet dont une copie certifiée constitue, sans autre preuve, une fin de non-recevoir à l'égard de toutes procédures subséquentes contre lui pour la même affaire. Aucun certificat n'a été demandé en l'espèce. Le ministère public soutient que le défaut d'obtenir un certificat est fatal à la position du défendeur. Il s'appuie sur l'argument, qui se dégage du premier point sur lequel l'autorisation de pourvoi a été accordée, que l'art. 743 prime le droit reconnu par la *common law* d'invoquer le moyen de défense spécial d'*autrefois acquit* devant une cour des poursuites sommaires. Cet argument a pour effet qu'un défendeur qui a été acquitté doit obtenir un certificat de rejet lors du procès, à défaut de quoi il n'est pas protégé contre une deuxième dénonciation. Rien dans le *Code* ne justifie cette conclusion. A mon avis, l'art. 743 a pour objet de compléter et non pas de supplanter les droits reconnus par la *common law*. Il constitue un appui, et non une dérogation, à ces droits. Ce certificat fournit un mécanisme, emprunté à l'ancien droit écrit anglais, pour faciliter la preuve du rejet d'une dénonciation.

L'article 743 vise seulement une ordonnance de rejet et l'effet d'une copie certifiée de cette ordonnance. Il est tout au moins implicite dans cet article que tout rejet pour défaut de comparaître du poursuivant constituera une fin de non-recevoir

Friedland points out in his book, at p. 57, that section can hardly be a "complete code applicable to summary proceedings in place of the special pleas spelled out for indictable offences . . . because, for one reason, no provision is made for a previous conviction". In that author's view, with which I agree, all that s. 743 does "is to allow the accused to prove his defence by means of a certified copy of the order of dismissal—a procedure which would probably not be available to him at common law". In *R. v. Cooper, supra*, the narrow, and in my opinion mistaken, view was taken that the pleas of *autrefois acquit* and *autrefois convict* were retained only in respect of a trial upon indictment and that, in summary conviction matters, the only method of raising the question of *res judicata* was by recourse to s. 743.

With respect to the failure of a defendant to obtain a certified copy of a certificate of dismissal, it is worth noting that in *The Queen v. Hutchins*¹⁴, Lush J., speaking of a certificate of dismissal under s. 14 of 11 & 12 Vict., c. 43, said, p. 65:

Now I am of opinion that the first decision was binding on the local board. It is true that the appellant had not obtained a written certificate of dismissal, but that is not of the essence. I take the written certificate to be an artificial but convenient mode of proving the dismissal provided by the *Act*, but not necessary to the validity of the decision pronounced. I should compare it to the convenient mode of proving a previous conviction by a certificate signed by the clerk of assize. Here the notebook of the magistrates was produced shewing the summons, the names of the parties, the nature of the complaint, the hearing, and the decision that the summons was dismissed on the ground that the street in question was a highway.

The policy of Parliament seems plain. An information may be dismissed on non-appearance of the prosecutor, and the defendant is then in a position to obtain a certificate securing him from further proceedings for the same offence. The granting of a certificate is in the nature of an administrative act recording the judgment of the summary con-

à l'égard de procédures subséquentes. Comme Friedland le dit dans son livre, à la p. 57, cet article peut difficilement être un [TRADUCTION] «code complet applicable aux procédures sommaires au lieu des moyens de défense spéciaux prévus pour les actes criminels . . . une raison étant qu'aucune disposition ne vise une déclaration antérieure de culpabilité». Selon cet auteur, avec qui je suis d'accord, l'art. 743 ne fait que [TRADUCTION] «permettre à un accusé d'établir son moyen de défense par une copie certifiée de l'ordonnance de rejet—une procédure à laquelle il ne pourrait probablement pas recourir en *common law*». Dans *R. v. Cooper*, précité, on a adopté un point de vue «étroit et, à mon avis erroné, que les plaidoyers *d'autrefois acquit* et *d'autrefois convict* sont accueillis seulement dans les procès sur acte d'accusation et que dans les affaires de déclaration sommaire de culpabilité la seule façon de soulever la question de *res judicata* est le recours à l'art. 743.

Quant au défaut du défendeur d'obtenir une copie certifiée d'un certificat de rejet, il convient de signaler que dans *The Queen v. Hutchins*¹⁴ le juge Lush, parlant d'un certificat de rejet en vertu de l'art. 14 de 11 et 12 Vict., chap. 43, a dit à la p. 65:

[TRADUCTION] Or je suis d'avis que le conseil local était lié par la première décision. Il est vrai que l'appellant n'avait pas obtenu un certificat écrit de rejet mais cela n'est pas essentiel. Je suis d'avis que le certificat écrit est un moyen artificiel mais commode d'établir le rejet prévu par la *Loi* mais qu'il n'est pas indispensable à la validité de la décision rendue. Je le comparerais au moyen pratique d'établir une condamnation antérieure par un certificat signé par le greffier des assises. Ici le cahier des magistrats a été produit pour établir la citation à comparaître, les noms des parties, la nature de la plainte, l'audition et le rejet de la sommation au motif que la rue en question n'était pas une voie publique.

L'intention générale du Parlement semble claire. Une dénonciation peut être rejetée sur défaut de comparaître du poursuivant, et le défendeur est alors en mesure d'obtenir un certificat pour le mettre à l'abri d'autres procédures pour la même infraction. La remise d'un certificat est un acte administratif qui constate le jugement de la cour

¹⁴ (1880), 49 L.J.M.C. 64.

¹⁴ (1880), 49 L.J.M.C. 64.

viction court. It is not a judicial act, as Lord Campbell C.J. said in *Hancock v. Somes*¹⁵, the headnote of which case reads:

The granting a certificate of dismissal, under section 27. of the 9 Geo. 4. c.31, is a ministerial, and not a judicial act; and a magistrate having heard a charge of assault and dismissed such charge, on either of the grounds stated in that section, is bound to grant a certificate, stating the fact of such dismissal.

Such certificate, though not applied for and not drawn up in the presence of the parties, is a good defence, under section 28, to an action for the assault.

Finally, on this point, I agree with Haddad J.A., of the Alberta Appellate Division, as to the "effectiveness and convenience afforded by a certificate of dismissal" and with his view that s. 743 imposes no limitation as to the time for drawing up the order of dismissal. With respect, I disagree with the opinion of Limerick J.A., expressed in *R. v. Myshrall*¹⁶, that request for an order of dismissal must be made at trial as the magistrate, *functus officio*, cannot draw up or certify an order of dismissal thereafter. A rule limiting the protection of s. 743 to those who request at trial that an order of dismissal be drawn up would work a grave hardship on the many defendants who appear without counsel and are ignorant of s. 743 of the *Code*.

On the Merits

In some circumstances, it may be difficult to say whether the defendant has, indeed, been "*bis vexatus*"; for example, where an information has been withdrawn or dismissed on technical grounds, or, the Crown contends, as in the case at bar, where there was no disposition "on the merits". It will be recalled that the second question upon which leave to appeal was granted raises the issue of whether the information was dealt with "on the merits".

I am not at all certain of what is meant by the term "on the merits", or indeed whether the ter-

¹⁵ (1859), 28 L.J.M.C. 196.

¹⁶ (1971), 4 C.C.C.(2d) 156.

des poursuites sommaires. Ce n'est pas un acte judiciaire, comme l'a dit le lord juge en chef Campbell dans l'arrêt *Hancock v. Somes*¹⁵, dont voici le sommaire:

[TRADUCTION] La remise d'un certificat de rejet en vertu de l'art. 27 de 9 Geo. 4 chap. 31, est un acte administratif, non pas un acte judiciaire; lorsqu'un magistrat a entendu une accusation de voies de fait et l'a rejetée pour l'un ou l'autre des motifs énoncés dans cet article, il doit accorder un certificat constatant ce rejet.

Ce certificat, même s'il n'est pas demandé par les parties ni rédigé en leur présence, est, en vertu de l'art. 28, un bon moyen de défense à une poursuite pour voies de fait.

Finalement, je souscris à l'opinion du juge Haddad de la Division d'appel d'Alberta sur ce point quant à [TRADUCTION] «l'efficacité et la commodité qu'offre un certificat de rejet» et à son avis que l'art. 743 n'impose aucun délai pour la rédaction de l'ordonnance de rejet. Avec égards, je ne partage pas l'opinion du juge Limerick de la Cour d'appel exprimée dans *R. v. Myshrall*¹⁶, que la demande d'une ordonnance de rejet doit être faite au procès puisque, étant *functus officio*, le magistrat ne peut rédiger ou certifier une ordonnance de rejet par la suite. Une règle qui réserverait la protection de l'art. 743 à ceux qui demandent une ordonnance de rejet au procès occasionnerait de graves ennuis aux nombreux défendeurs qui comparaissent sans avocat et qui ignorent l'existence de l'art. 743 du *Code*.

Sur le fond

Dans certaines circonstances, il peut être difficile de dire si le défendeur a effectivement été "*bis vexatus*"; par exemple, lorsqu'une dénonciation a été retirée ou rejetée sur des questions de procédure, ou lorsque le ministère public prétend, comme en l'espèce, qu'il n'y a pas eu de décision "sur le fond". Il faut se rappeler que le second point sur lequel l'autorisation de pourvoi a été accordée soulève la question de savoir si la dénonciation a été entendue "sur le fond".

Je ne suis pas du tout certain de ce que signifie l'expression «sur le fond», ni même si les mots «sur

¹⁵ (1859), 28 L.J.M.C. 196.

¹⁶ (1971), 4 C.C.C. (2d) 156.

minology of "on the merits" furthers in any way our understanding of the effect of the dismissal of an information. Section 734 specifically empowers the summary conviction court to dismiss upon non-appearance of the prosecutor. Again we face *Cooper* and *Osborne*. Johnson J.A. in the former case held that "on the merits" necessarily meant after a "trial", *i.e.* by the terms of s. 739, after the court "had heard the prosecutor, defendant and witnesses" and "after considering the matter". Section 739 reads:

When the summary conviction court has heard the prosecutor, defendant and witnesses it shall, after considering the matter, convict the defendant or make an order against him or dismiss the information, as the case may be.

Section 736(3) reads:

Where the defendant pleads not guilty or states that he has cause to show why an order should not be made against him, as the case may be, the summary conviction court shall proceed with the trial, and shall take the evidence of witnesses for the prosecutor and the defendant in accordance with the provision of Part XV relating to preliminary inquiries.

Section 735(1) reads:

Where the prosecutor and defendant appear, the summary conviction court shall proceed to hold the trial.

Limerick J.A. in *Osborne* relied upon s. 736(3) and the language there of "proceed with the trial" after the taking of plea, so that:

the trial commences only after the plea has been taken and initiates with the calling of the first witness or the introduction of other evidence. The accused is not in jeopardy until all the evidence of the prosecution has been adduced, the defence has closed its case and the case is ready to go to the jury or Judge for decision. (p. 410)

Yet, one need only point to s. 735, prior to any reference to plea, where subs. (1) states: "Where the prosecutor and defendant appear, the summary conviction court shall proceed to hold the trial."

le fond» aident de quelque façon à comprendre quel est l'effet du rejet d'une dénonciation. L'article 734 permet spécifiquement à la cour des poursuites sommaires de rejeter une dénonciation si le poursuivant ne comparaît pas. Nous nous heurtons encore aux arrêts *Cooper* et *Osborne*. Dans le premier, le juge Johnson de la Cour d'appel a conclu que «sur le fond» signifiait nécessairement après un «procès», *c.-à-d.* aux termes de l'art. 739, après que la Cour «a entendu le poursuivant, le défendeur et les témoins» et «après avoir étudié l'affaire». Voici le texte de l'art. 739:

Lorsque la cour des poursuites sommaires a entendu le poursuivant, le défendeur et les témoins, elle doit, après avoir étudié l'affaire, déclarer le défendeur coupable ou rendre une ordonnance contre lui ou rejeter la dénonciation, selon le cas.

Le paragraphe 736(3) se lit comme suit:

Lorsque le défendeur nie sa culpabilité ou déclare avoir des motifs à exposer pour lesquels une ordonnance ne devrait pas être rendue contre lui, selon le cas, la cour des poursuites sommaires doit procéder au procès et recevoir les dépositions des témoins, tant à charge qu'à décharge, en conformité des dispositions de la Partie XV relative aux enquêtes préliminaires.

Le paragraphe 735(1) se lit comme suit:

Lorsque le poursuivant et le défendeur comparaissent, la cour des poursuites sommaires doit procéder à la tenue du procès.

Dans l'arrêt *Osborne*, le juge Limerick de la Cour d'appel s'est appuyé sur le par. 736(3) et sur l'expression qu'on y trouve «procéder au procès» après que l'accusé a enregistré son plaidoyer, pour dire que:

[TRADUCTION] le procès ne commence qu'après que le plaidoyer est enregistré et il s'engage avec l'appel du premier témoin ou l'introduction d'autres preuves. L'accusé n'est pas en péril tant que la poursuite n'a pas produit toute sa preuve, que la défense n'a pas présenté tous ses arguments et que la cause n'est pas en état d'être laissée à l'appréciation du jury ou du juge. (à la p. 410).

Il suffit pourtant, avant toute mention du plaidoyer, de s'arrêter à l'art. 735 dont le par. (1) dispose: «Lorsque le poursuivant et le défendeur comparaissent, la cour des poursuites sommaires doit procéder à la tenue du procès.»

In *Blair and Karashowsky, supra*, Clement J.A. took a view differing from that expressed in *Osborne*. Mr. Justice Clement first registered a *caveat* about the pitfalls of the term "on the merits", and then added at p. 53:

When the prisoner has pled, the formalities are completed, the case is before the Court, the prisoner is in jeopardy, and what arises thereafter is a matter of the conduct of the trial.

The words of Maule J. in *Tunncliffe v. Tedd*¹⁷ at p. 998 are then applicable:

In an ordinary court of oyer and terminer, if the defendant appears and pleads, he has an undoubted right to have the matter determined. When the complaint is ripe for hearing, and the defendant is ready to take his trial, if the prosecutor alleges nothing against him, or merely something that is unsubstantial, then the magistrates are bound to find the charge not proved, and to give a certificate accordingly.

Reference might also be made to *R. v. Stokes*¹⁸, where effect was given to a certificate of dismissal obtained in a case where no evidence was given for the prosecution, and an adjournment was refused upon an erroneous view of the magistrate's power to adjourn.

In *R. v. Church Knowle*¹⁹, Coleridge J. held that quashing because respondents declined going into their case amounted to a decision on the merits. He said, at p. 551:

Quashing an order for want of form is different from quashing it merely because the merits are not gone into. If the order is discharged because the respondents do not choose to enter into their case, that is a quashing on the merits.

In *R. v. Ross, supra*, Bull J.A. at pp. 486-7 speaks to like effect:

But it is an entirely different situation where, after a trial has been started in the sense that an accused has pleaded and is before the Court, the charge is dismissed whether because there is no evidence adduced or only

Dans *Blair and Karashowsky*, précité, le juge Clement de la Cour d'appel a adopté une opinion différente de celle exprimée dans *Osborne*. Le juge Clement a d'abord fait une mise en garde sur les pièges que comporte l'expression «sur le fond», et a ajouté à la p. 53:

[TRADUCTION] Lorsque le prisonnier a enregistré son plaidoyer, les formalités sont remplies, la cour est saisie de l'affaire, le détenu est en péril et ce qui survient par la suite dépend de la conduite du procès.

Les paroles du juge Maule dans *Tunncliffe v. Tedd*¹⁷ à la p. 998 sont alors applicables:

[TRADUCTION] Dans une *court of oyer and terminer* ordinaire, si le défendeur comparaît et enregistre un plaidoyer, il a un droit incontestable d'obtenir une décision. Lorsque la plainte est prête pour audition et que le défendeur est prêt à subir son procès, si le poursuivant n'allègue rien contre lui ou simplement quelque chose dont il ne peut établir le bien-fondé, les magistrats doivent alors juger l'accusation non prouvée et délivrer un certificat en conséquence.

On peut également mentionner *R. v. Stokes*¹⁸, où effet a été donné à un certificat de rejet obtenu dans une affaire où le poursuivant n'avait présenté aucune preuve et où un ajournement avait été refusé par le magistrat par suite d'une mauvaise interprétation de son pouvoir d'ajournement.

Dans *R. v. Church Knowle*¹⁹, le juge Coleridge a conclu qu'une annulation d'accusation prononcée parce que les intimés avaient refusé de présenter leurs arguments équivalait à une décision sur le fond. Il a dit à la p. 551:

[TRADUCTION] L'annulation d'une ordonnance pour vice de forme est différente de l'annulation de cette ordonnance pour le motif que l'affaire n'a pas été entendue sur le fond. Si l'ordonnance est écartée parce que les intimés décident de ne pas présenter leurs arguments, il s'agit d'une annulation sur le fond.

Les propos du juge Bull de la Cour d'appel dans *R. v. Ross*, précité, aux pp. 486 et 487, vont dans le même sens:

[TRADUCTION] La situation est tout à fait différente si, après le début du procès, c'est-à-dire lorsque l'accusé a enregistré un plaidoyer et est devant la cour, l'accusation est rejetée, que ce soit parce que le ministère public

¹⁷ (1848), 5 C.B. 553, 136 E.R. 995.

¹⁸ (1917), 29 C.C.C. 144 (Man. K.B.).

¹⁹ (1837), 7 Ad. & E. 471, 112 E.R. 547.

¹⁷ (1848), 5 C.B. 553, 136 E.R. 995.

¹⁸ (1917), 29 C.C.C. 144 (B.R. Man.).

¹⁹ (1837), 7 Ad. & E. 471, 112 E.R. 547.

insufficient or inadequate evidence adduced by the Crown. I can see no real difference. The charge has not been put aside or taken away; it has been dismissed and the accused, in my view, is entitled to a certificate of acquittal.

Returning to *Double Jeopardy*, Friedland at p. 54 states his view unequivocally:

If a court exercises its discretion not to adjourn or to permit the charge to be withdrawn, the resulting dismissal or acquittal should bar further proceedings. A dismissal in such circumstances should not differ from a dismissal brought about by the prosecutor deliberately offering no evidence.

There follows (pp. 57-59) an illuminating discussion of the origin of the unfortunate phrase "on the merits". In nineteenth century England, justices were given power to issue "certificates of dismissal" with respect to common assaults and batteries. These certificates served to release the accused "from all further or other Proceedings, Civil or Criminal, for the same Cause", an extraordinary legislative provision. In a couple of cases, (*Tunncliffe v. Tedd*, *supra*, and *Vaughton v. Bradshaw*²⁰) the prosecutor chose to drop the criminal proceedings in favour of a civil suit, yet the certificate barred such a suit. Accordingly, the provision was amended in 1861 with the addition of the words "upon the merits". The full effect of the amendment was made clear in *Reed v. Nutt*²¹, where Lord Coleridge C.J. said, p. 674, "... the later statute requires a more complete and substantial hearing of the charge than the earlier one did ...". Despite the absence of such language in the *Code*, the post-1861 cases were relied upon in imposing an "upon the merits" test in decisions like *R. v. Commodore Hotel (Windsor) Ltd.*²², and *Burns v. Gan*²³, both of which are called in aid here by the Crown. The statutory language upon which *Reed v. Nutt* rested (24 & 25 Vict. c. 100, s. 44) read: "If the justices, upon the *hearing* of any such case of assault or battery *upon the merits* . . .

n'a pas présenté de preuve ou parce qu'il a présenté une preuve insuffisante ou irrégulière. Je ne vois pas de différence réelle. L'accusation n'a pas été écartée ou retirée; elle a été rejetée et l'accusé a droit, à mon avis, à un certificat d'acquiescement.

Si l'on retourne à *Double Jeopardy*, Friedland exprime son point de vue de façon très claire à la p. 54:

[TRADUCTION] Si une cour décide d'exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas ajourner l'audition ou permettre le retrait de l'accusation, le rejet ou l'acquiescement qui s'ensuit constitue une fin de non-recevoir à l'égard de toute autre procédure. Un rejet dans de telles circonstances ne diffère pas d'un rejet qui résulte du défaut délibéré du poursuivant de présenter une preuve.

Plus loin, (aux pp. 57 à 59), on trouve une analyse très intéressante de l'origine de la malheureuse expression «sur le fond». Au dix-neuvième siècle en Angleterre, les juges pouvaient délivrer des «certificats de rejet» d'accusation de voies de fait simples. Ces certificats libéraient l'accusé [TRADUCTION] «de toutes autres procédures, civiles ou criminelles, pour la même cause», une disposition législative exceptionnelle. Dans deux affaires, (*Tunncliffe v. Tedd*, précitée et *Vaughton v. Bradshaw*²⁰) le poursuivant avait choisi de renoncer aux procédures criminelles en vue d'une poursuite civile; toutefois, le certificat constituait une fin de non-recevoir à l'égard de cette poursuite. En conséquence, la disposition a été modifiée en 1861 pour y ajouter l'expression «sur le fond». Le plein effet de cette modification a été exprimé clairement dans *Reed v. Nutt*²¹, où le lord juge en chef Coleridge a dit à la p. 674, [TRADUCTION] «... cette dernière disposition exige une audition plus complète et plus approfondie de l'accusation que ne l'exigeait la première . . .». Malgré l'absence de cette expression dans le *Code*, on s'est appuyé sur les décisions postérieures à 1861 pour imposer le critère «sur le fond» dans les affaires comme *R. v. Commodore Hotel (Windsor) Ltd.*²², et *Burns v. Gan*²³, deux causes que le ministère public cite ici à l'appui de sa thèse. Le texte de loi sur lequel est

²⁰ (1860), 9 C.B. (N.S.) 103, 142 E.R. 40.

²¹ (1890), 24 Q.B.D. 669.

²² (1955), 111 C.C.C. 165 (Ont. H.C.).

²³ (1955), 112 C.C.C. 395 (Ont. Mag. Ct.).

²⁰ (1860), 9 C.B. (N.S.) 103, 142 E.R. 40.

²¹ (1890), 24 Q.B.D. 669.

²² (1955), 111 C.C.C. 165 (H. C. Ont.).

²³ (1955), 112 C.C.C. 395 (C. Mag. Ont.).

shall deem the offence not to be proved ...". (Emphasis added.)

In *R. v. Hatherley*²⁴ (leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused, [1971] S.C.R. xi), the Ontario Court of Appeal held (p. 243):

On a subsequent charge in which the serial number of the saw in question was changed, a plea of *autrefois acquit* was accepted, and it is the acceptance of that plea which forms the subject-matter of this appeal. We think the plea was properly substantiated and that the appeal fails. We think the accused, once a plea had been entered, was in jeopardy and that if the Crown elected not then to call any evidence, the disposition by acquittal was a disposition on the merits of the case.

In the case of *Haynes v. Davis*²⁵, an information was preferred against the appellant for having sold milk which was deficient in natural fat. When the case came on for hearing the magistrate was informed that no certificate of analysis had been served with the summons in pursuance of the applicable legislation, whereupon he dismissed the summons. No evidence of the facts was given. A second summons was then taken out in respect of the same alleged offence. The Court held (Lush J. dissenting) that the appellant had been in peril of being convicted on the first summons and, therefore, entitled to plead *autrefois acquit* to the second summons. Ridley J. said, p. 335:

I think he was in peril and therefore that he was entitled to plead *autrefois acquit*. The magistrate had jurisdiction unless objection was taken at the proper time to the informality, and unless that objection was taken there was a possibility, and indeed a probability, that the magistrate would proceed to a decision and convict the appellant. The appellant was thus in peril. It is not quite correct to say, although it is rather an attractive phrase, that there must have been an acquittal upon the merits in order that there may be a good plea of *autrefois acquit*. In whatever way a person obtains an acquittal, whether it be by the verdict of a jury on the merits or by

fondé *Reed v. Nutt* (24 & 25 Vict., chap. 100, art. 44) se lit ainsi: [TRADUCTION] «Si, lors de l'audience sur le fond d'une affaire de voies de fait simples, les juges . . . considèrent que l'infraction n'est pas prouvée . . .». (Les italiques sont de moi.)

Dans *R. v. Hatherley*²⁴ (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée, [1971] R.C.S. xi), la Cour d'appel de l'Ontario a décidé (à la p. 243):

[TRADUCTION] Sur une accusation subséquente où le numéro de série de la scie en question a été changé, un plaidoyer d'*autrefois acquit* a été accepté, et c'est l'acceptation de ce plaidoyer qui fait l'objet du présent appel. Nous croyons que le plaidoyer était fondé et que l'appel doit être rejeté. Nous croyons que dès qu'il a enregistré un plaidoyer, un accusé est en péril et que si le ministère public a décidé à ce moment de ne pas présenter de preuve et que l'accusé a été acquitté, cet acquittement constitue un jugement sur le fond.

Dans *Haynes v. Davis*²⁵, une dénonciation a été déposée contre l'appellant pour avoir vendu du lait qui ne contenait pas assez de matières grasses naturelles. A l'audience, le magistrat a été informé qu'aucun certificat d'analyse n'avait été signifié avec la sommation conformément à la loi applicable, sur quoi il a rejeté la sommation. Aucune preuve des faits n'a été présentée. Une deuxième sommation a été décernée relativement à la même infraction. La Cour a statué (le juge Lush étant dissident) que l'appellant risquait d'être condamné sur la première sommation et pouvait donc présenter un plaidoyer d'*autrefois acquit* à l'égard de la deuxième sommation. Le juge Ridley a dit, à la p. 335:

[TRADUCTION] Je crois qu'il avait été en péril et qu'il pouvait donc présenter le plaidoyer d'*autrefois acquit*. Le magistrat avait compétence à moins qu'on ne se soit opposé au bon moment au vice de forme, sans quoi il était possible, et en fait probable, que le magistrat rende une décision et déclare l'appellant coupable. L'appellant était donc en péril. Il n'est pas tout à fait exact de dire, bien que je sois tenté de le faire, qu'il doit y avoir eu acquittement sur le fond pour qu'un plaidoyer d'*autrefois acquit* puisse être présenté. Quelle que soit la façon dont une personne obtient un acquittement, que ce soit par verdict d'un jury sur le fond ou par quelque décision

²⁴ (1971), 4 C.C.C. (2d) 242.

²⁵ [1915] 1 K.B. 332.

²⁴ (1971), 4 C.C.C. (2d) 242.

²⁵ [1915] 1 K.B. 332.

some ruling on a point of law without the case going to the jury, he is entitled to protection from further proceedings. Once there is an acquittal he cannot be tried again for the same offence.

Avory J. had this to say, at p. 337:

I agree, but I prefer to rest my judgment upon the one ground that the plea of *res judicata* or *autrefois acquit* depends for its validity upon this one question, whether the accused on the former occasion was in peril of being convicted of the same offence. If he was, the plea of *autrefois acquit* is good.

and

The question whether the one or the other is in peril is to be ascertained by inquiring whether the magistrate had jurisdiction to deal with the offence.

In my view, a criminal trial commences and an accused is normally in jeopardy from the moment issue is joined before a judge having jurisdiction and the prosecution is called upon to present its case in court. The person accused continues in jeopardy until final determination of the matter by rendering of the verdict.

Should the accused avail himself of the certificate provided for in s. 743(1), subs. (2) bars any subsequent proceedings in respect of the same cause, without reference to the events giving rise to the dismissal. In principle, there is no reason why a different situation ought to prevail where the defendant has not obtained the certified copy. Nor, in principle, is it easy to distinguish between the situation where the Crown leads evidence which fails to make out a case for the defendant to answer and the situation where, as here, no evidence is led. So long as the case has proceeded to a verdict and a dismissal, that should be sufficient. See *R. v. Ecker and Fry*²⁶, at p. 3, where Chief Justice Latchford said, in a passage adopted by Taschereau J. in *Welch v. R.*²⁷, at p. 417:

This Court was of opinion that "in jeopardy twice"—the *bis vexari* of the legal maxim—has not the meaning of subjection twice to a trial for the same offence except in cases where the first trial has been concluded by an adjudication or judgment declaring the accused acquit-

sur un point de droit sans que l'affaire soit soumise au jury, il a droit d'être protégé contre d'autres procédures. Lorsqu'il a été acquitté une fois, il ne peut subir un nouveau procès pour la même infraction.

Le juge Avory avait ceci à dire à la p. 337:

[TRADUCTION] Je suis d'accord, mais je préfère appuyer mon jugement sur le seul motif que la validité du plaidoyer de *res judicata* ou d'*autrefois acquit* dépend de l'unique question de savoir si la première fois l'accusé risquait d'être reconnu coupable de la même infraction. Dans l'affirmative, le plaidoyer d'*autrefois acquit* est bon.

et

[TRADUCTION] La réponse à la question de savoir si l'un ou l'autre est en péril repose sur la compétence du magistrat à être saisi de l'infraction.

A mon avis, un procès criminel commence et un accusé est normalement en péril lorsque la cause est en état devant un juge compétent et que la poursuite est appelée à présenter sa preuve à la cour. L'accusé est en péril tant que l'affaire n'est pas décidée par le prononcé du verdict.

Si l'accusé demande le certificat prévu au par. 743(1), le par. (2) constitue une fin de non-recevoir à l'égard de toute procédure subséquente pour la même affaire, indépendamment des événements qui ont donné lieu au rejet. En principe, il ne saurait en être autrement lorsque le défendeur n'a pas obtenu la copie certifiée. Il n'y aurait pas lieu non plus, en principe, de faire une distinction entre la situation où le ministère public présente une preuve insuffisante à laquelle le défendeur n'est pas appelé à répondre et celle où, comme en l'espèce, aucune preuve n'est présentée. Il suffit que l'affaire soit allée jusqu'au verdict et au rejet. Voir *R. v. Ecker et Fry*²⁶, à la p. 3, où le juge en chef Latchford a dit, dans un passage adopté par le juge Taschereau dans *Welch c. R.*²⁷, à la p. 417:

[TRADUCTION] Cette cour est d'avis que «être deux fois en péril»—le *bis vexari* de la maxime juridique—ne signifie pas être assujéti deux fois à un procès pour la même infraction sauf dans les affaires où le premier procès s'est terminé par une décision ou un jugement

²⁶ (1929), 64 O.L.R. 1.

²⁷ [1950] S.C.R. 412.

²⁶ (1929), 64 O.L.R. 1.

²⁷ [1950] R.C.S. 412.

ted or convicted. Not otherwise could the plea of *autrefois acquit* or *autrefois convict* prevail.

The term "on the merits" does nothing to further the test for the application of the *bis vexari* maxim. There is no basis, in the *Code* or in the common law, for any super-added requirement that there must be a trial "on the merits". That phrase merely serves to emphasize the general requirement that the previous dismissal must have been made by a court of competent jurisdiction, whose proceedings were free from jurisdictional error and which rendered judgment on the charge.

Speaking generally, it is not readily apparent why the Crown should have the right to decline to adduce evidence in support of its charge and then assert the irrelevance of a dismissal consequent thereon, or why the Crown should be enabled to avoid the effect of refusal of an adjournment by declining to lead evidence and laying a fresh information following dismissal of the first charge. It is the intent of the *Code* that summary conviction matters be disposed of with despatch. No good purpose is served by introducing unwarranted complexities into what are, or should be, simple and straight-forward and expeditious procedures.

In the result, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Paul S. Chrumka, Calgary.

Solicitors for the respondent: Woolliams, Korman, Moore & Wittman, Calgary.

acquittant l'accusé ou le déclarant coupable. Ce n'est que de cette façon que le plaidoyer d'*autrefois acquit* ou d'*autrefois convict* peut être invoqué avec succès.

L'expression «sur le fond» n'ajoute rien au critère d'application de la maxime *bis vexari*. Rien dans le *Code* ou dans la *common law* ne justifie l'exigence additionnelle qu'il doit y avoir eu un procès «sur le fond». Cette expression sert simplement à faire ressortir l'exigence générale que le rejet antérieur doit avoir été prononcé par une cour compétente dont les procédures n'étaient pas entachées d'excès de compétence et qui a rendu jugement sur l'accusation.

De façon générale, on comprend difficilement pourquoi le ministère public aurait le droit de refuser de présenter sa preuve à l'appui d'une accusation puis de revendiquer l'inapplicabilité du rejet prononcé par suite de ce refus, ou pourquoi le ministère public pourrait éviter l'effet du refus d'un ajournement en refusant de présenter sa preuve et en déposant une nouvelle dénonciation après le rejet de la première accusation. C'est l'intention du *Code* que les affaires de déclaration sommaire de culpabilité soient réglées avec célérité. On ne gagne rien à introduire des difficultés injustifiées dans ce qui est ou devrait être des procédures simples, sans détours et expéditives.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Paul S. Chrumka, Calgary.

Procureurs de l'intimé: Woolliams, Korman, Moore & Wittman, Calgary.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Lawrence Jean and Daniel Howard Piesinger *Respondents*.

1980: March 19.

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

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF ALBERTA, APPELLATE DIVISION

Evidence — Wiretapping — Conversation between husband and wife intercepted by police — Private communications between persons not specifically named in order authorizing interception — Inadmissibility — Criminal Code, s. 178.16(5).

Conspiracy — Possession of stolen property — Absence of guilty knowledge on part of co-accused — Charge of conspiracy to possess stolen property — Acquittal.

APPEAL by the Crown from a judgment of the Supreme Court of Alberta, Appellate Division¹, dismissing an appeal from the acquittal of the accused on a charge of conspiracy to possess stolen property. Appeal dismissed.

J. Watson, for the appellant.

M. G. Stevens-Guille, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We do not need to hear you Mr. Stevens-Guille. We are not satisfied that we should reverse the judgment of the Alberta Appellate Division or interfere with the rulings and conclusions of the trial judge. The appeal is, accordingly, dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: J. Watson, Edmonton.

Solicitor for the respondents: M. G. Stevens-Guille, Edmonton.

¹ (1979), 46 C.C.C. (2d) 176, 7 C.R. (3d) 338.

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Lawrence Jean et Daniel Howard Piesinger *Intimés*.

1980: 19 mars.

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

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

Preuve — Ecoute électronique — Conversation entre conjoints interceptée par la police — Communications privées entre personnes qui n'étaient pas spécifiquement désignées dans l'ordonnance autorisant l'interception — Inadmissibilité — Code criminel, art. 178.16(5).

Complot — Possession de biens volés — Absence de connaissance coupable de la part des coaccusés — Accusation de complot en vue de posséder des biens volés — Acquittement.

POURVOI interjeté par le ministère public à l'encontre d'un arrêt de la Cour suprême d'Alberta, Division d'appel¹, qui a rejeté un appel de l'acquittement des accusés sur une accusation de complot en vue de posséder des biens volés. Pourvoi rejeté.

J. Watson, pour l'appelante.

M. G. Stevens-Guille, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M^e Stevens-Guille. Nous ne sommes pas convaincus qu'il y a lieu d'infirmer l'arrêt de la Division d'appel ou de modifier les conclusions du juge de première instance. Le pourvoi est donc rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: J. Watson, Edmonton.

Procureur des intimés: M. G. Stevens-Guille, Edmonton.

¹ (1979), 46 C.C.C. (2d) 176, 7 C.R. (3d) 338.

Dan McKinney *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1980: March 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Indians — Hunting rights — Treaty Indian hunting on privately owned, non-posted property — No right of access — The Wildlife Act, R.S.M. 1970, c. W140 — British North America Act, 1930 — Natural Resources Agreement, para. 13.

Myran, Meeches et al. v. The Queen, [1976] 2 S.C.R. 137, applied; *R. v. Prince* (1963), 40 W.W.R. 234, disapproved.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba¹, dismissing the appellant's appeal from convictions for charges contrary to the Manitoba *Wildlife Act*. Appeal dismissed.

H. I. Pollock, Q.C., M. B. Nepon and B. Keyser, for the appellant.

A. G. Bowering and M. J. Conklin, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We do not need to hear you, Mr. Bowering and Mr. Conklin. On the findings of fact in this case, we see no reason for interfering with the result reached by the Manitoba Court of Appeal. We adopt as a correct statement of the law what was said *obiter* by Dickson J. in *Myran, Meeches et al. v. The Queen*², at p. 145. We agree with the Manitoba Court of Appeal that *R. v. Prince*³ was wrongly decided. The appeal is dismissed.

¹ [1979] 2 W.W.R. 545, 46 C.C.C. (2d) 566.

² [1976] 2 S.C.R. 137.

³ (1963), 40 W.W.R. 234.

Dan McKinney *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1980: 25 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Indiens — Droits de chasse — Chasse sur une propriété privée par un Indien assujéti à un traité — Propriété non munie d'écrêteaux — Aucun droit d'accès — The Wildlife Act, R.S.M. 1970, chap. W140 — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930 — Natural Resources Agreement, par. 13.

Arrêt appliqué: *Myran, Meeches et autres c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137; arrêt désapprouvé: *R. v. Prince* (1963), 40 W.W.R. 234.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba¹, qui a rejeté l'appel de l'appelant de déclarations de culpabilité pour des infractions à la *Wildlife Act du Manitoba*. Pourvoi rejeté.

H. I. Pollock, c.r., M. B. Nepon et B. Keyser, pour l'appelant.

A. G. Bowering et M. J. Conklin, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—Il n'est pas nécessaire de vous entendre M^e Bowering et M^e Conklin. D'après les faits de l'espèce, il n'y a pas lieu de modifier la conclusion de la Cour d'appel du Manitoba. L'énoncé de droit que nous retenons est l'*obiter* du juge Dickson dans *Myran, Meeches et autres c. La Reine*², à la p. 145. Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel du Manitoba que l'arrêt *R. v. Prince*³ est erroné. Le pourvoi est rejeté.

¹ [1979] 2 W.W.R. 545, 46 C.C.C. (2d) 566.

² [1976] 2 R.C.S. 137.

³ (1963), 40 W.W.R. 234.

Appeal dismissed.

*Solicitors for the appellant: Pollock & Co.,
Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent: Deputy Attorney-
General, Winnipeg.*

Pourvoi rejeté.

*Procureurs de l'appellant: Pollock & Co.,
Winnipeg.*

*Procureur de l'intimée: Le sous-procureur
général, Winnipeg.*

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Steve Gerencer *Respondent*.

1979: March 26; 1979: October 2.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Expropriation — Compensation — Residential property — Property including other buildings and benefits — Purposes of residence — Special value to owner — “Home for a home” provision — Amenities to be included in “residence” — Expropriation Act, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 16, as amended, ss. 23, 24.

Respondent's property (21.02 acres) was expropriated in connection with the proposed Toronto International Airport. The Notice of Confirmation was registered on January 30, 1973. On the property was a bungalow built in 1967 with a living area of 1,400 square feet. There was also an attached two-car garage, a barn of approx. 2,880 square feet, an implement shed and a workshop, a pond, cultivated garden (approx. 15,000 square feet) and a tree nursery area (approx. 36,000 square feet). Respondent and his family lived on the property. He worked as a carpenter for a Toronto firm but had an interest in farming, keeping some animals and poultry on the premises and growing corn and alfalfa as feed for them. The produce was for the family's own use but he hoped to make a little money out of the sale of nursery stock and livestock.

The appeal raises only one issue: is the whole of the 21.02 acre holding comprised in the term “residence” in s. 24(6) of the *Expropriation Act*, R.S.C. 1970, c. E-16, so as to entitle the respondent to compensation for the entire parcel under the “home for a home” provision. The trial judge in awarding the respondent \$200,000 found that the expropriated interest in its entirety was being used as a residence in terms of the section and that accordingly the minimum amount sufficient to enable him to relocate his residence in or on premises reasonably equivalent would relate to the entire expropriated interest. The trial judge noted further that there was no fundamental difference in principle between the facilities which respondent had on his property, to pursue his interests, and such things as a swimming

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Steve Gerencer *Intimé*.

1979: 26 mars; 1979: 2 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Expropriation — Indemnité — Propriété résidentielle — Propriété comprenant d'autres bâtiments et des avantages — Fins de résidence — Valeur spéciale pour le propriétaire — Disposition «maison pour maison» — Commodités à être comprises dans le terme «résidence» — Loi sur l'expropriation, S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), chap. 16, et mod., art. 23, 24.

La propriété de l'intimé (d'une superficie de 21.02 acres) a été expropriée pour les besoins du projet d'aéroport international de Toronto. L'avis de confirmation a été enregistré le 30 janvier 1973. Sur la propriété se trouvait un bungalow construit en 1967, d'une surface habitable de 1,400 pieds carrés. Il y avait également sur la propriété un garage contigu pour deux voitures, une grange d'une surface d'environ 2,880 pieds carrés, une remise et un atelier, un étang, un jardin potager (d'une superficie d'environ 15,000 pieds carrés) et une pépinière (d'environ 36,000 pieds carrés). L'intimé et sa famille habitaient la propriété. L'intimé travaille comme charpentier dans une entreprise de Toronto mais il a gardé un goût pour les travaux agricoles. Il élevait sur place quelques animaux et volailles, nourris de maïs et d'alfafa qu'il cultivait lui-même. Le produit était destiné à l'usage familial mais il espérait se faire un peu d'argent grâce à la vente de plants et d'animaux.

Le pourvoi ne soulève qu'une seule question: le terme «résidence» dans le par. 24(6) de la *Loi sur l'expropriation*, S.R.C. 1970, chap. E-16, comprend-il la propriété de 21.02 acres au complet de façon à donner à l'intimé le droit d'être indemnisé pour le lot entier conformément à la disposition dite «maison pour maison»? Le juge de première instance qui a accordé à l'intimé une indemnité de \$200,000 a conclu que la totalité du droit exproprié était utilisée comme résidence au sens de ce paragraphe et que, par conséquent, le montant minimum suffisant pour lui permettre de se réinstaller dans ou sur des lieux raisonnablement équivalents doit porter sur la totalité du droit exproprié. Il a, de plus, souligné qu'il n'y avait pas de différence de principe fondamentale entre les installations qui se trouvaient sur la propriété de l'intimé

pool, a putting green and a tennis court, any or all of which can clearly be included as being for "purposes of residence".

The judgment at trial was affirmed by the Federal Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

The finding of fact by the trial judge that the property was in its entirety a residence and that the additional amenities thereon were ancillary to its use as a residence, as a swimming pool, a putting green, or a tennis court might be, was made properly. There was no apparent error in the application of any principle of law and the finding accords with a common sense approach to the meaning of the term "residence" as it relates to the evidence. While appellant urged as a subsidiary point that the trial judge had erred in relying upon the evidence of replacement cost, this matter was correctly disposed of by the Federal Court of Appeal. It could not be said that the trial judge wrongly construed the evidence, or some of it, or failed to take into account a crucial portion of it, or that there was no evidence upon which he could have based his conclusions. The judge did not err in failing to accept the evidence of appellant's appraisers and in failing to weigh that of respondent's appraisers. It is implicit in his reasons that he found a differential to exist between market value determined at the time of taking and the cost of relocation at the time of relocation and therefore that an increase in compensation was payable under subs. (6). A precise mathematical formula or procedure need not be followed where as here it was obvious from the award that there was complete compliance with the statute.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal affirming the judgment of Sweet D.J. at trial in the matter of compensation for expropriated lands and premises. Appeal dismissed.

Thomas Dunne, for the appellant.

Henry Pollit, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—This appeal is by the expropriating authority in proceedings under the *Expropriation Act*, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 16, as amended,

et qui servaient à ses passe-temps et des installations telles une piscine, un vert d'exercice et un court de tennis: il va de soi que toutes ces installations peuvent être utilisées «à des fins de résidence».

La Cour d'appel fédérale a confirmé le jugement de première instance.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

La conclusion de fait du juge de première instance selon laquelle la résidence comprend la totalité de la propriété et selon laquelle les commodités additionnelles qui s'y trouvaient venaient compléter l'utilisation de la résidence, comme le ferait une piscine, un vert d'exercice ou un court de tennis, est bien fondée. Il n'y a pas eu d'application erronée d'un principe de droit et la conclusion donne au terme «résidence» une signification qui s'harmonise avec la preuve. Le point que l'appelante fait valoir subsidiairement selon lequel le juge de première instance s'est trompé en s'appuyant sur la preuve du coût de remplacement, a été correctement tranché par la Cour d'appel fédérale. On ne peut dire que le juge de première instance ait mal interprété tout ou partie des témoignages, qu'il ait omis de tenir compte d'une partie essentielle de ces témoignages, ou encore que ses conclusions fussent sans fondement. Le juge n'a pas commis d'erreur pour ne pas avoir accueilli les témoignages des estimateurs de l'appelante et pour ne pas s'être abstenu d'ajouter foi aux témoignages des estimateurs de l'intimé. Il est implicite dans ses motifs qu'il a constaté que la valeur marchande à l'époque de l'expropriation était différente du coût de réinstallation à l'époque de cette réinstallation et, en conséquence, qu'une augmentation de l'indemnité devenait exigible en vertu du par. (6). Il n'est pas nécessaire de suivre une formule mathématique ou une procédure déterminée lorsque, comme en l'espèce, il ressort de l'indemnité octroyée que la loi a été entièrement respectée.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui a confirmé la décision de première instance du juge suppléant Sweet relativement à une indemnité pour un immeuble exproprié. Pourvoi rejeté.

Thomas Dunne, pour l'appelante.

Henry Pollit, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—Ce pourvoi a été interjeté par l'autorité expropriante dans des procédures en vertu de la *Loi sur l'expropriation*, S.R.C. 1970

from the judgment of the Federal Court of Appeal confirming the judgment of the Trial Division of the Federal Court wherein the respondent was awarded \$200,000 in compensation for the expropriated lands and premises.

The property in question is described in the judgment of the Federal Court of Appeal:

The property comprises 21.02 acres, the whole of which was expropriated for the purpose of the proposed Toronto International Airport by Notice of Confirmation of Intention to Expropriate duly registered on January 30, 1973. On the property is a bungalow built in 1967, with an attached two-car garage, and having a living area of about 1400 square feet. There is also a barn on the property constructed of concrete block having an area of approximately 2880 square feet, a metal clad implement shed and a workshop, a spring-fed pond, a cultivated vegetable garden and strawberry patch together having an area of approximately 15,000 square feet and a tree nursery area having an area of about 36,000 square feet.

The Respondent is a carpenter by trade. He lives on the property with his family. In 1973, and at the time of trial he was employed in Toronto by a firm in the business of laying hardwood floors. He returned home each night. He had been born and brought up on a farm and, as a result, retained an interest in farming so that he kept some animals and poultry on the premises, the feed for which he grew corn and alfalfa. The produce from the vegetable garden was for the family's own use but, he testified, he hoped to make a little money out of the sale of nursery stock and livestock. That he was correct in assuming he would make only a little money is illustrated by the fact that his gross sales in 1975 amounted to approximately \$5,000 from which he derived a net profit of about \$600.00.

The appeal raises only one issue: is the whole of the 21.02 acre holding comprised in the term "residence" in s. 24(6) of the Act so as to entitle the respondent to compensation for the entire parcel under s. 24(6) of the Act, being the so-called 'home for a home' provision? This issue involves an interpretation of the applicable provisions of the statute, and in fact raises only the simple question as to whether all of the respondent's lands are to be taken into account in the application of s. 24(6) or only the buildings and the two or three acres surrounding them.

(1^{er} Supp.), chap. 16, et modifications, à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale qui a confirmé le jugement de la Division de première instance par lequel l'intimé s'est vu accorder une indemnité de \$200,000 pour l'immeuble exproprié.

La propriété en question est décrite comme suit dans l'arrêt de la Cour d'appel fédérale:

La propriété s'étend sur 21.02 acres, et le tout a été exproprié pour les besoins du projet d'aéroport international de Toronto, par avis de confirmation de l'intention d'exproprier dûment enregistré le 30 janvier 1973. Sur la propriété se trouve un bungalow construit en 1967, avec un garage contigu pour deux voitures, et d'une surface habitable d'environ 1400 pieds carrés. Il y a également sur la propriété une grange en blocs de béton d'une surface d'environ 2880 pieds carrés, une remise à revêtement métallique et un atelier, un étang alimenté par une source, un jardin potager et un carré de fraisiers d'une superficie d'environ 15,000 pieds carrés ainsi qu'une pépinière d'environ 36,000 pieds carrés.

L'intimé est charpentier de son état. Il habite la propriété avec sa famille. En 1973 à l'époque du procès en première instance, il était employé à Toronto chez une entreprise de parquetage. Il rentrait chez lui chaque soir. Né et élevé à la campagne, il a gardé un goût pour les travaux agricoles. Il élevait ainsi sur place quelques animaux et volailles, nourris de maïs et d'alfalfa qu'il cultivait lui-même. Le produit du jardin potager était destiné à l'usage familial mais, d'après son témoignage, il espérait se faire un peu d'argent grâce à la vente de jeunes plants et d'animaux sur pied. L'exactitude de ses prévisions concernant la modicité de ses gains est démontrée par le fait qu'en 1975 le montant brut de ses ventes s'élevait à environ \$5,000 dont il a tiré un bénéfice net de quelque \$600.

Le pourvoi ne soulève qu'une seule question: le terme «résidence» dans le par. 24(6) de la Loi comprend-t-il la propriété de 21.02 acres au complet de façon à donner à l'intimé le droit d'être indemnisé pour le lot entier conformément au par. 24(6) de la Loi, la disposition dite «maison pour maison»? Cette question met en jeu l'interprétation des dispositions applicables de la Loi et en fait ne soulève que la simple question de savoir s'il faut tenir compte de tout le terrain de l'intimé dans l'application du par. 24(6) ou seulement des bâtiments avec les deux ou trois acres qui les entourent.

This issue requires the interpretation of parts of ss. 23 and 24 of the Act which provide as follows:

23. (1) Compensation shall be paid by the Crown to each person who, immediately before the registration of a notice of confirmation, was the owner of a right, estate or interest in the land to which the notice relates, to the extent of his expropriated interest, the amount of which compensation shall be equal to the aggregate of

(a) the value of the expropriated interest at the time of its taking, and

24. (2) Subject to this section, the value of an expropriated interest is the market value thereof, that is to say, the amount that would have been paid for the interest if, at the time of its taking, it had been sold in the open market by a willing seller to a willing buyer.

(6) Where an expropriated interest was, immediately before the registration of a notice of confirmation, being used by the owner thereof for the purposes of his residence and the value of the interest otherwise determined under this section is less than the minimum amount sufficient to enable the owner, at the earlier of

(a) the time of payment to him of any compensation in respect of the interest, otherwise than pursuant to any offer made to him under section 14, or

(b) the time when the Crown became entitled to take physical possession or make use of the land to the extent of the interest expropriated,

to relocate his residence in or on premises reasonably equivalent to the premises expropriated, there shall be added to the value of the interest otherwise determined under this section the amount by which that minimum amount exceeds such value.

Counsel agreed at trial that the time of taking under s. 23(1)(a) above was January 30, 1973; and that the time when the Crown became entitled to possession under s. 24(6)(b) was May 30, 1975. Counsel further agreed that the respondent-owner was entitled, to the extent that s. 24(6) is found to apply to the taken lands, to the greater of the amounts calculated under subss. (2) and (6) of s. 24.

The learned trial judge stated:

Cette question exige l'interprétation des parties des art. 23 et 24 de la Loi qui décrètent ce qui suit:

23. (1) Une indemnité doit être payée par la Couronne à chaque personne qui, immédiatement avant l'enregistrement d'un avis de confirmation, était le titulaire d'un droit réel immobilier sur l'immeuble visé par l'avis, jusqu'à concurrence de son droit exproprié; le montant de cette indemnité doit être égal à l'ensemble

a) de la valeur du droit exproprié à la date de la prise de possession, et

24. (2) Sous réserve du présent article, la valeur d'un droit exproprié est la valeur marchande de ce droit, c'est-à-dire le montant qui aurait été payé pour ce droit si, à la date de la prise de possession, il avait été vendu sur le marché libre par un vendeur consentant à un acheteur consentant.

(6) Lorsqu'un droit exproprié était, immédiatement avant l'enregistrement d'un avis de confirmation, utilisé par son titulaire aux fins de sa résidence et que la valeur de ce droit par ailleurs déterminée en vertu du présent article est inférieure au montant minimum suffisant pour permettre au titulaire de se réinstaller,

a) soit au moment où lui est fait le paiement d'une indemnité relative au droit autrement qu'en conformité d'une offre à lui faite en vertu de l'article 14,

b) soit au moment où la Couronne a eu le droit de prendre matériellement possession ou de faire usage de l'immeuble dans les limites du droit exproprié,

en prenant de ces deux dates celle qui est antérieure à l'autre, dans ou sur des lieux raisonnablement équivalant aux lieux expropriés, on doit ajouter à la valeur du droit par ailleurs déterminé en vertu du présent article le montant par lequel ce montant minimum dépasse cette valeur.

Au procès, les avocats ont convenu que le 30 janvier 1973 était la date de la prise de possession au sens de l'al. 23(1)a) et que le 30 mai 1975 était la date à laquelle Sa Majesté a eu le droit d'entrer en possession des lieux en vertu de l'al. 24(6)b). Les avocats ont aussi convenu que le propriétaire intimé avait droit, dans la mesure où le par. 24(6) est applicable à l'immeuble exproprié, au montant le plus élevé calculé conformément aux par. (2) et (6) de l'art. 24.

Le savant juge de première instance a dit:

For the reasons I give below I find that the expropriated interest in its entirety was, immediately before the registration of the notice of confirmation, being used by the plaintiff for the purposes of his residence within the meaning of section 24(6). Accordingly the minimum amount sufficient to enable him to relocate his residence in or on premises reasonably equivalent to the premises expropriated would relate to the entire expropriated interest.

It is my view that of paragraphs (a) and (b) in subsection (6) the one applicable here is paragraph (b). Accordingly the time as of which the amount is to be determined is, in this case, May 30, 1975.

The judgment returned to this aspect of the matter later by stating in part:

In my opinion residence in the context of subsection (6) is a place where one may indeed have those minimal benefits but where one may also enjoy amenities of pleasant living according to one's taste, where one may find the companionship, solaces, comforts and joys of family and where one may, if facilities and purse permit, pursue hobbies and leisure time activities and do those things which he finds enjoyable but which are not available to him in his vocation. I think this view finds support by the use of the plural in "purposes" in the wording "purposes of his residence".

If on this property there were a swimming pool, a putting green, a tennis court or even all three it would be clear enough that they would be included in residence. If a man's inclination does not run to swimming or tennis or golf but rather to doing a little farming in the time which he has free from his job it would seem to me that there is no fundamental difference in principle.

This finding of fact has been made in circumstances which reveal no erroneous application of any principle of law and indeed, if I may properly add, the finding accords with a common sense approach to the meaning of the term "residence" as it relates to the evidence before the Court. I therefore, with respect, agree with Urie J.A. when he stated:

The conclusion which the Trial Judge reached, as he said, on the whole of the evidence, is supportable on that evidence and since he did not proceed on a wrong principle we would not be justified, in my opinion, in interfering with his decision on the ground argued by counsel, namely that in finding that the whole of the property constituted the Respondent's residence he erred in the application of section 24(6).

Pour les raisons que je donne ci-après, je pense que la totalité du droit exproprié, immédiatement avant l'enregistrement de l'avis de confirmation était utilisée par le demandeur aux fins de sa résidence, au sens où l'entend le paragraphe 24(6). En conséquence, le montant minimum suffisant pour lui permettre de se réinstaller dans ou sur des lieux raisonnablement équivalents aux lieux expropriés, portera sur la totalité du droit exproprié.

A mon avis, des alinéas a) et b) du paragraphe (6), le seul qui s'applique ici est l'alinéa b). La date à laquelle le montant doit être calculé, en l'espèce, sera donc le 30 mai 1975.

Cet aspect de la question est repris plus loin où l'on peut lire:

A mon avis, la résidence, dans le contexte du paragraphe (6), est un lieu où on peut évidemment avoir ces avantages, mais où on peut aussi jouir des commodités d'une vie agréable conforme à vos goûts; trouver la compagnie, la consolation, le réconfort et les joies de la famille; et, si les installations et les moyens financiers le permettent, se livrer à ses passe-temps et à ses loisirs; faire les choses qu'on aime et qui ne vous sont pas accessibles dans votre profession. Je pense que ce point de vue est étayé par l'emploi du pluriel «fins» dans l'expression «aux fins de sa résidence».

S'il y avait eu sur cet immeuble une piscine, vert d'exercice ou un court de tennis, ou les trois, de toute évidence, ils feraient partie de la résidence. Or, si les goûts d'un homme ne le poussent pas vers la natation, le golf ou le tennis lorsqu'il a fini son travail, mais plutôt vers de petits travaux agricoles, je ne vois pas qu'il y ait là une différence de principe fondamentale.

Cette conclusion de fait a été formulée dans des circonstances qui ne révèlent aucune application erronée d'un principe de droit et en fait, si je peux me permettre de le dire, elle donne au terme «résidence» une signification qui s'harmonise avec la preuve soumise à la Cour. Je suis donc respectueusement d'accord avec le juge Urie quand il dit en Cour d'appel:

La conclusion à laquelle le juge de première instance est parvenu, comme il l'a indiqué, à la lumière de l'ensemble de la preuve administrée, est étayée par cette preuve, et comme cette conclusion n'était pas fondée sur un principe erroné, nous ne serions pas fondés, à mon avis, à intervenir pour le motif invoqué par l'avocat de l'appelante, à savoir qu'il avait mal interprété le paragraphe 24(6) en jugeant que l'ensemble de la propriété constituait la résidence de l'intimé.

As a subsidiary point, the appellant urges that the trial judge was in error in relying upon the evidence of replacement cost as given by the appraisers testifying on behalf of the respondent. It is sufficient to say in disposing of this consideration that I am in complete agreement with the Court of Appeal who, in referring to this aspect of the judgment below, stated through Urie J.A.:

... it cannot be said that the Trial Judge wrongly construed the evidence, or some of it, or failed to take into account a crucial portion of it, or that there was no evidence upon which he could have based his conclusions. In my opinion, therefore, it cannot be said that he erred in failing to accept the evidence of the Appellant's appraisers and in failing not to give any weight to evidence of the Respondent's appraisers. Consequently, I can find no merit in this branch of the Appellant's appeal.

The evidence analysed by the learned trial judge in this connection consisted of appraisal testimony by four expert appraisers, two called by the Crown and two by the owner. A variety of approaches ranging from a cost approach to a market data approach were employed by these witnesses in determining both the market value at May 30, 1973 (being the date of expropriation) and the cost of relocating the "residence" of the respondent in May 1975 (being the date upon which the taker was entitled to possession). The resulting quantities and values ranged from a low of \$100,000 to a high of \$135,000 for the 1973 market value. With respect to the relocation expense under 'the home for a home' provision in subs. (6), the amounts ranged from a low of \$100,000 to a high of \$225,000 with much of the spread being accounted for by the divergent views as to whether the term "residence" in subs. (6) included all 21 acres of the respondent's lands or only the two or three acres immediately surrounding the residence and related buildings.

The learned trial judge, after a detailed scrutiny of this expert evidence, concluded:

The amount of compensation (not including interest) to be awarded in this case, in my opinion, is the minimum amount sufficient to enable the plaintiff to relocate, as of May 30, 1975, the entire expropriated prem-

Subsidiairement, l'appelante fait valoir que le juge de première instance s'est trompé en s'appuyant sur la preuve du coût de remplacement produite par les estimateurs qui ont témoigné pour le compte de l'intimé. Il suffit pour disposer de cet argument de dire que je suis entièrement d'accord avec la Cour d'appel qui, traitant de cet aspect du jugement de première instance, a dit (le juge Urie):

... on ne peut dire que le juge de première instance ait mal interprété tout ou partie des témoignages, qu'il ait omis de tenir compte d'une partie essentielle de ces témoignages, ou encore que ses conclusions fussent sans fondement. A mon avis, on ne peut dire par conséquent qu'il ait commis une erreur pour ne pas avoir accueilli les témoignages des estimateurs de l'appelante et pour ne pas s'être abstenu d'ajouter foi aux témoignages des estimateurs de l'intimé. En conséquence, je déclare le premier moyen de l'appelante mal fondé.

La preuve qu'a analysée le savant juge de première instance à ce sujet se composait des témoignages de quatre estimateurs experts, deux cités par Sa Majesté et deux par le propriétaire. Ces témoins ont utilisé plusieurs méthodes; de celle des coûts à celle des données marchandes, pour fixer la valeur marchande au 30 mai 1973 (date de l'expropriation) et le coût de réinstallation de la «résidence» de l'intimé en mai 1975 (date à laquelle l'autorité expropriante avait le droit d'entrer en possession des lieux). Les quantités et valeurs qui en ont résulté varient d'un minimum de \$100,000 à un maximum de \$135,000 pour la valeur marchande en 1973. Quant au coût de réinstallation en vertu de la disposition dite «maison pour maison» du par. (6), les montants varient d'un minimum de \$100,000 à un maximum de \$225,000; cet écart s'explique en bonne partie par la divergence d'opinions sur la question de savoir si le terme «résidence» du par. (6) comprend les 21 acres au complet ou seulement les deux ou trois acres entourant immédiatement la résidence et ses dépendances.

Après un examen détaillé de ces témoignages d'experts, le savant juge de première instance a conclu:

Le montant de l'indemnité (intérêt non compris) à accorder en l'espèce, à mon avis, c'est le montant suffisant pour permettre au demandeur de se réinstaller au 30 mai 1975 dans ou sur des lieux raisonnablement

ises in or on premises reasonably equivalent to the premises expropriated.

This was stated immediately after a discussion of subs. (6):

The effect of subsection (6) under such circumstances is to increase the amount of compensation which would have been payable if subsection (6) were not in the Act to the minimum amount required for the relocation contemplated by subsection (6). Once it is established that such minimum amount does exceed a value otherwise determined under section 24 there is no necessity for any mathematical exercise involving addition to arrive at the amount of compensation and this notwithstanding the wording "there shall be added" employed in the quoted portion. The amount to be payable pursuant to subsection (6), that is the amount of compensation to be awarded, would already have been determined.

It is implicit in his reasons that the learned trial judge had found a differential to exist between market value determined at the time of taking and the cost of relocation of the owner's residence at the time that the appellant was entitled to possession in favour of the latter, and that therefore an increase in compensation payable to the owner was required by reason of the application of subs. (6). The judgment at trial does not include a finding of market value pursuant to subs. (2), nor a finding precisely labelled as "the minimum amount sufficient to enable the owner . . . to relocate his residence in or on premises reasonably equivalent to the premises expropriated" pursuant to subs. (6), or in so many words, the difference, if any, between these two quantities. In my view, a precise mathematical formula or procedure need not be followed step by step by the compensation tribunal where it is obvious from the award that compliance with the statute is complete. What the learned trial judge clearly did was to find that the "minimum amount sufficient to enable the owner . . . to relocate his residence" exceeded the value determined under subs. (2), and accordingly awarded the amount determined under subs. (6) as the proper compensation to the respondent-owner.

In this instance, the learned trial judge concluded with reference to the actual compensation payable "as of May 30, 1975" that he did not "consid-

équivalents aux lieux expropriés.

Cet alinéa suit immédiatement l'analyse suivante du par. (6):

Le paragraphe (6) a pour effet d'augmenter le montant de l'indemnité, qui aurait été payable si ce paragraphe n'avait pas existé, jusqu'à concurrence du montant minimum requis pour la réinstallation qu'il prévoit. Une fois établi que ce montant dépasse la valeur par ailleurs déterminée en vertu de l'article 24, il n'est pas nécessaire pour arriver au montant de l'indemnité, de se livrer à des exercices mathématiques, et notamment à une addition et ce, en dépit de la phrase «on doit ajouter» employée dans le passage cité. Le montant payable en vertu du paragraphe (6), c'est-à-dire le montant de l'indemnité à accorder, a déjà été déterminé.

Il est implicite dans les motifs du savant juge de première instance qu'il a constaté que la valeur marchande à l'époque de l'expropriation était différente du coût de réinstallation de la résidence du propriétaire à l'époque où l'appellante a eu le droit d'entrer en possession des lieux et qu'en conséquence une augmentation de l'indemnité payable au propriétaire était rendue nécessaire en application du par. (6). Le jugement de première instance ne comporte pas de conclusion sur la valeur marchande conformément au par. (2) ni de conclusion dans les termes précis du par. (6) sur le «montant minimum suffisant pour permettre au titulaire de se réinstaller . . . dans ou sur des lieux raisonnablement équivalents aux lieux expropriés», ou, expressément, l'écart, s'il en est, entre ces deux quantités. A mon avis, il n'est pas nécessaire que le tribunal d'indemnisation suive pas à pas une formule mathématique ou une procédure déterminée, lorsqu'il ressort de l'indemnité octroyée que la loi a été entièrement respectée. Il est clair que le juge de première instance a conclu que le «montant minimum suffisant pour permettre au titulaire de se réinstaller . . .» excédait la valeur fixée en vertu du par. (2), et il a en conséquence accordé la somme fixée en vertu du par. (6) comme indemnité appropriée au propriétaire intimé.

En l'espèce, le savant juge de première instance a conclu, au sujet de l'indemnité réellement payable «le 30 mai 1975», qu'il «ne pense pas qu'aucun

er that the evidence of any of the appraisers is such that it should be accepted in its entirety". He thereupon fixed the compensation "having regard to my interpretation of the statutory provisions ..." at \$200,000. I find no error in principle anywhere in the process culminating in the fixing of compensation and accordingly adopt the conclusion of Urie J.A. already quoted with reference to the application of the expert testimony by the learned trial judge.

In any case, error could only arise in such a circumstance where the trial judge, in fixing the final amount of compensation, failed to award the greater of the quantities determined under subs. (2) and (6). Here the error would only arise if the market value under subs. (2) exceeded the cost of relocation under subs. (6) thus entitling the respondent-owner to a greater sum than here awarded under subs. (6). This would only affect the respondent and he has not appealed.

I would therefore dismiss the appeal with costs throughout.

Appeal dismissed with costs throughout and in terms of the order granting leave.

Solicitor for the appellant: R. Tassé, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Hyde, Pollit, Arnold & Kirshin, Toronto.

d'eux (les témoignages des estimateurs) doit être accepté intégralement». Il a alors fixé l'indemnité «en me fondant sur mon interprétation des dispositions législatives ...» à \$200,000. Je ne vois d'erreur de principe nulle part dans le processus qui a abouti à fixer l'indemnité et en conséquence j'adopte la conclusion du juge Urie, précitée, relativement à la façon dont le savant juge de première instance a utilisé le témoignage des experts.

Quoi qu'il en soit, il ne peut y avoir erreur en pareil cas que si le juge de première instance, en fixant le montant définitif de l'indemnité, n'accorde pas la plus élevée des quantités établies en vertu des par. (2) et (6). En l'espèce, il y aurait erreur seulement si la valeur marchande fixée en vertu du par. (2) excédait le coût de réinstallation fixé en vertu du par. (6), donnant ainsi au propriétaire intimé le droit de toucher une somme plus importante que celle qui lui a été accordée ici en vertu du par. (6). Cela n'aurait de conséquence que pour l'intimé et il n'a pas interjeté de pourvoi.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens dans toutes les cours et conformément à l'ordonnance autorisant le pourvoi.

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

Procureurs de l'intimé: Hyde, Pollit, Arnold & Kirshin, Toronto.

Louis Stavroff *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1979: March 8; 1979: October 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Jury trial — Possession of weapons — “Dangerous to the public peace” — Judge’s charge to jury — Further charge in response to question — Judge’s reference to factual situations from decided cases — Whether charge proper.

Appellant was convicted before a County Court Judge and jury of three counts of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace and one count of possession of restricted weapon for which no registration certificate had been issued. His subsequent appeal was dismissed without recorded reasons. A search of appellant’s residence had disclosed certain weapons *viz.* a loaded 12 gauge double barrel shotgun in a closet just outside the master bedroom; a loaded double barrel shotgun in the garage. That same day a tenant of the Stavroff family in other premises gave the police two boxes containing ammunition and a pistol. A few days later, he gave the police another pistol. These articles were said to have been given to him by the appellant some months earlier to be kept by him. Appellant was present during the search of his residence and on the discovery of the shotgun near the bedroom said that he had enemies and needed the gun for his protection. The police also found dynamite, wires and a blasting cap in the basement and some large amounts of currency in plastic bags concealed in the garden. There was other evidence to the effect that the appellant was engaged in a large way in street money lending (loan sharking) and that he wanted out of that activity.

After the jury had retired the foreman sent a question to the judge asking clarification of the phrase ‘dangerous to the public peace’ with particular reference to its application within the confines of a person’s home. The judge advised counsel that he proposed to answer the query by referring to factual situations drawn from decided cases and no objection was then taken. After the

Louis Stavroff *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1979: 8 mars; 1979: 2 octobre.

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

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

Droit criminel — Procès devant jury — Possession d’armes — «Dangereux pour la paix publique» — Directives du juge au jury — Directives supplémentaires en réponse à une question — Référence par le juge à des situations de fait tirées d’arrêts antérieurs — Les directives étaient-elles appropriées?

L’appelant a été déclaré coupable par un juge d’une cour de comté et un jury sur trois chefs de possession d’une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique et sur un chef de possession d’une arme à autorisation restreinte pour laquelle aucun certificat d’enregistrement n’avait été délivré. Son appel subséquent a été rejeté sans motifs enregistrés. La fouille de la résidence de l’appelant a permis de découvrir certaines armes: un fusil chargé de calibre 12 à canon double, trouvé dans un placard situé immédiatement à l’extérieur de la chambre à coucher principale; un fusil à canon double chargé, trouvé dans le garage. Le même jour, un locataire de la famille Stavroff pour d’autres lieux a remis à la police deux boîtes contenant des munitions et un pistolet. Quelques jours plus tard il a remis à la police un autre pistolet. Il a dit que ces articles lui avaient été remis par l’appelant quelques mois plus tôt pour qu’il les conserve. L’appelant assistait à la fouille de sa résidence et, lors de la découverte du fusil près de la chambre à coucher, il a dit qu’il avait des ennemis et qu’il avait besoin de l’arme pour se protéger. La police a de plus trouvé de la dynamite, des câbles et un détonateur dans le sous-sol et d’importantes sommes d’argent dans des sacs de plastique cachés dans le jardin. D’autres preuves indiquaient que l’appelant pratiquait sur une grande échelle le prêt d’argent à des taux excessifs (prêt usuraire) et qu’il désirait se retirer de cette activité.

Après que le jury se fut retiré, le chef du jury a transmis au juge une question demandant que soit clarifiée l’expression «dangereux pour la paix publique» spécialement en ce qui concerne son application à l’intérieur de la résidence d’une personne. Le juge a informé les avocats qu’il avait l’intention de répondre à la question en faisant référence à des situations de fait tirées d’ar-

judge had dealt with the question the jury again retired and returned with its verdict a few minutes later.

Held: The appeal should be dismissed.

It is for the jury alone to find the facts upon the evidence adduced. The judge has the sole responsibility for the law, and in making his explanation of the law he may refer to illustrations to assist the jury but the judge must not in so doing take from the jury the right to form their own conclusion on fact. The question here was whether the judge's response to the jury's request produced that result. The judge's charge when read as a whole was, until the question was raised by the jury, unassailable. The course adopted as to the answer to that question was however unfortunate. It would have been wiser to repeat the charge earlier given, or to give a further charge in general terms explaining his earlier remarks with particular reference to the question. It does not follow, however, that he made a reversible error. Each case must be considered on its own facts and consideration must be given to the influence the words used by the trial judge had or could have had upon the jury. Here the judge provided illustrations—in which no error of law appears—of circumstances where the possession of weapons in a private dwelling place did not preclude a finding of a purpose dangerous to the public peace. The effect of the charge taken as a whole made it clear that the case references were merely illustrative.

R. v. Badenoch, [1969] 1 C.C.C. 78 (B.C.C.A.); *R. v. Yaskowitch*, [1938] O.R. 178 (Ont. C.A.); *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786; *R. v. St. Pierre* (1974), 17 C.C.C. (2d) 491 (Ont. C.A.); *R. v. Barr* (1975), 23 C.C.C. (2d) 116 (Ont. C.A.); *R. v. Richards* (1937), 69 C.C.C. 289 (N.S.S.C.A.D.); *R. v. LeFrançois*, [1965] 4 C.C.C. 255 (Man. C.A.); *R. v. More* (1963), 43 W.W.R. 30 (Man. C.A.) referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario dismissing without recorded reasons an appeal from conviction by County Court Judge and jury on three counts of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace and one count of possession of a restricted weapon for which no registration certificate had been issued. Appeal dismissed.

rêts antérieurs, ce à quoi les avocats ne se sont pas opposés. Après que le juge eut répondu à la question, le jury s'est retiré et est revenu quelques minutes plus tard pour rendre son verdict.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Il appartient exclusivement au jury de décider des faits sur la base de la preuve soumise. Le juge a seul la responsabilité des questions de droit et, en expliquant le droit, il peut régulièrement citer des exemples pour venir en aide au jury, mais il ne doit pas de cette façon enlever au jury le droit de tirer sa propre conclusion sur les questions de fait. Il faut se demander si en l'espèce la réponse du juge à la demande du jury a eu ce résultat. Les directives du juge, lues en entier, étaient, avant que le jury ne pose sa question, inattaquables. La façon dont le juge a abordé la réponse à cette question était peu heureuse. Il aurait été mieux avisé de répéter les directives déjà données ou d'en donner d'autres en termes généraux pour expliquer les directives antérieures à la lumière de la question. Il ne faut toutefois pas en déduire qu'il a commis une erreur donnant lieu à cassation. Il faut décider chaque cas suivant ses propres faits et il faut tenir compte de l'influence que les termes utilisés par le juge du procès ont eue ou ont pu avoir sur le jury. En l'espèce le juge a donné des exemples—où n'apparaît aucune erreur de droit—de circonstances où la possession d'armes dans une résidence privée n'a pas empêché de conclure au dessein dangereux pour la paix publique. L'effet des directives prises dans leur ensemble a été d'indiquer clairement que les références à ces décisions étaient simplement des exemples.

Jurisprudence: *R. v. Badenoch*, [1969] 1 C.C.C. 78 (C.A. C.-B.); *R. v. Yaskowitch*, [1938] O.R. 178 (C.A. Ont.); *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786; *R. v. St. Pierre* (1974), 17 C.C.C. (2d) 491 (C.A. Ont.); *R. v. Barr* (1975), 23 C.C.C. (2d) 116 (C.A. Ont.); *R. v. Richards* (1937), 69 C.C.C. 289 (D.A.C.S. N.-É.); *R. v. LeFrançois*, [1965] 4 C.C.C. 255 (C.A. Man.); *R. v. More* (1963), 43 W.W.R. 30 (C.A. Man.).

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté sans motifs enregistrés un appel interjeté de la déclaration de culpabilité prononcée par un juge d'une cour de comté et un jury sur trois chefs de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique et sur un chef de possession d'une arme à autorisation restreinte pour laquelle aucun certificat d'enregistrement n'avait été délivré. Pourvoi rejeté.

Allan Mintz, for the appellant.

E. G. Hachborn, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This is an appeal from the Court of Appeal for the Province of Ontario which dismissed without written or recorded reason an appeal from conviction upon three counts of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace and one count of possession of a restricted weapon for which no registration certificate had been issued. The convictions were made after trial before a County Court Judge and jury. Two other counts of similar nature were dismissed. The four counts upon which convictions were recorded are reproduced hereunder:

1. LOUIS STAVROFF stands charged that he on or about the 27th day of March in the year 1975, at the Municipality of Metropolitan Toronto in the Judicial District of York, had in his possession a weapon, to wit: one Springfield 12 gauge double barrel shotgun, #C2537, for a purpose dangerous to the public peace, contrary to the Criminal Code.

2. LOUIS STAVROFF stands further charged that he on or about the 27th day of March in the year 1975, at the Municipality of Metropolitan Toronto in the Judicial District of York, had in his possession a weapon, to wit: one Armadeo Rossi S.A. 12 gauge double barrel shotgun, #T45226, for a purpose dangerous to the public peace, contrary to the Criminal Code.

3. LOUIS STAVROFF stands further charged that he during the year 1975 at the Municipality of Metropolitan Toronto in the Judicial District of York, had in his possession a weapon, to wit: a 25 calibre Browning semi-automatic pistol, #447173, for a purpose dangerous to the public peace, contrary to the Criminal Code.

4. LOUIS STAVROFF stands further charged that he during the year 1975 at the Municipality of Metropolitan Toronto in the Judicial District of York, had in his possession a restricted weapon, to wit: one 25 calibre Browning semi-automatic pistol, #447173, for which he did not have a registration certificate issued to him, contrary to the Criminal Code.

Allan Mintz, pour l'appellant.

E. G. Hachborn, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Ce pourvoi attaque l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté sans motifs écrits ou enregistrés un appel de la déclaration de culpabilité sur trois chefs de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique et sur un chef de possession d'une arme à autorisation restreinte pour laquelle aucun certificat d'enregistrement n'avait été délivré. Les déclarations de culpabilité ont été prononcées au terme d'un procès devant un juge d'une cour de comté et un jury. Deux autres chefs de même nature ont été rejetés. Les quatre chefs sur lesquels des déclarations de culpabilité ont été prononcées sont reproduits ci-dessous:

[TRADUCTION] 1. LOUIS STAVROFF est accusé d'avoir eu en sa possession, le 27 mars 1975 ou vers cette date, à Toronto, dans le district judiciaire de York, une arme, savoir: un fusil Springfield de calibre 12 à canon double, #C2537, dans un dessein dangereux pour la paix publique, contrairement au Code criminel.

2. LOUIS STAVROFF est de plus accusé d'avoir eu en sa possession, le 27 mars 1975 ou vers cette date, à Toronto, dans le district judiciaire de York, une arme, savoir: un fusil Armadeo Rossi S.A. de calibre 12 à canon double, #T45226, dans un dessein dangereux pour la paix publique, contrairement au Code criminel.

3. LOUIS STAVROFF est de plus accusé d'avoir eu en sa possession, durant l'année 1975, à Toronto, dans le district judiciaire de York, une arme, à savoir: un pistolet Browning semi-automatique de calibre 25, #447173, dans un dessein dangereux pour la paix publique, contrairement au Code criminel.

4. LOUIS STAVROFF est de plus accusé d'avoir eu en sa possession, durant l'année 1975, à Toronto, dans le district judiciaire de York, une arme à autorisation restreinte, à savoir: un pistolet Browning semi-automatique de calibre 25, #447173, pour lequel on ne lui avait pas délivré de certificat d'enregistrement, contrairement au Code criminel.

Upon a search of the appellant's residence, certain weapons were found: a loaded 12 gauge Springfield double barrel shotgun, in a closet just outside the master bedroom door (count 1); a loaded double barrel shotgun in the garage suspended from a rafter inside a plywood box with the barrel pointing towards the street (count 2). On the same day, one Peterson, a tenant of the Stavroff family in premises other than the Stavroff residence, gave the police two boxes containing ammunition and a pistol. A few days later, he gave the police another pistol. He said that these articles had been given to him by the appellant some months earlier to be kept until their return was sought. One of the weapons formed the subject matter of counts 3 and 4.

The appellant was present while the search of his residence was conducted and upon the discovery of the shotgun near the master bedroom he said to the police officer who was conducting the search "Oh, well, I've got a lot of enemies. I need it for protection". In addition to finding the weapon the police found dynamite with some wires and a blasting cap in the basement of the house and some large amounts of currency in plastic bags concealed in the garden. There was other evidence to the effect that the appellant was engaged in a large way in street money lending, frequently described as loan sharking, and that he wished to get out of that activity. On the totality of the evidence there can be no doubt that a properly instructed jury would have been justified in returning a verdict of guilty on the possession charge.

After the jury had been instructed and had retired to consider its verdict, the foreman sent a question to the judge. It was in these words: "The jury requires a clarification of the law relative to the phrase 'dangerous to the public peace' with particular reference to its application within the confines of a person's home". The trial judge informed counsel in the absence of the jury that he proposed to answer the jury's question by referring to factual situations drawn from decided cases.

La fouille de la résidence de l'appelant a permis de découvrir certaines armes: un fusil chargé de marque Springfield de calibre 12 à canon double trouvé dans un placard situé immédiatement à l'extérieur de la porte de la chambre à coucher principale (chef 1); un fusil à canon double chargé qui a été trouvé dans le garage suspendu à un chevron à l'intérieur d'une boîte de contreplaqué et dont le canon pointait vers la rue (chef 2). Le même jour, un nommé Peterson, locataire de la famille Stavroff pour des lieux autres que la résidence Stavroff, a remis à la police deux boîtes contenant des munitions et un pistolet. Quelques jours plus tard, il a remis à la police un autre pistolet. Il a dit que ces articles lui avaient été remis par l'appelant quelques mois plus tôt pour qu'il les conserve jusqu'à ce qu'on lui demande de les rendre. L'une des armes a fait l'objet des chefs 3 et 4.

L'appelant assistait à la fouille de sa résidence et, lors de la découverte du fusil près de la chambre à coucher principale, il a dit au policier qui dirigeait la fouille: [TRADUCTION] «Oh, eh bien, j'ai de nombreux ennemis. J'en ai besoin pour me protéger». En plus de l'arme, la police a trouvé de la dynamite avec des câbles et un détonateur dans le sous-sol de la maison et d'importantes sommes d'argent dans des sacs de plastique cachés dans le jardin. D'autres preuves indiquaient que l'appelant pratiquait sur une grande échelle le prêt d'argent à des taux excessifs, souvent appelé prêt usuraire, et qu'il désirait se retirer de cette activité. Il ressort de l'ensemble de la preuve, qu'un jury ayant reçu des directives appropriées aurait sans aucun doute été justifié de rendre un verdict de culpabilité sur l'accusation de possession.

Après que le jury eut reçu ses directives et se fut retiré pour délibérer, le chef du jury a transmis au juge la question suivante: [TRADUCTION] «Le jury demande que soit clarifié le droit relatif à l'expression «dangereux pour la paix publique» spécialement en ce qui concerne son application à l'intérieur de la résidence d'une personne». Le juge du procès a informé les avocats, en l'absence du jury, qu'il avait l'intention de répondre à la question du jury en faisant référence à des situations de fait

The cases he mentioned were *R. v. Badenoch*¹, *R. v. Yaskowitch*² and *Caccamo v. The Queen*³. Counsel took no objection to that course. It must be noted, however, that no lengthy discussion of the course to be adopted by the trial judge occurred and counsel, of course, were not aware of the precise words which were to be employed by the trial judge in his remarks to the jury.

The jury was recalled to the court room and the following occurred as it was recorded in the transcript of the evidence:

QUESTION BY THE JURY AND HIS HONOUR'S
FURTHER CHARGE

—The jury returns to the courtroom at 4:33 p.m.

THE CLERK OF THE COURT: Would the foreman please rise?

I understand you have a question to ask of His Honour.

THE FOREMAN OF THE JURY: Yes, we do. Your Honour, the jury would like a clarification of the law related to the phrase “dangerous to the public peace”, with particular reference to its application within the confines of a person’s home.

THE COURT: I presume you do not wish me to instruct you again with regard to what items you should be considering in determining “dangerous to the public peace”. You are, rather, directing my attention to the fact that these weapons were found in a private home, and you wish some comment or some assistance on that fact, that they were found in a private home. Is that correct?

THE FOREMAN OF THE JURY: I’d say that we understand the application of the law as you have explained it.

THE COURT: So that I don’t have to—

THE FOREMAN OF THE JURY: We merely asked with particular emphasis on that point.

THE COURT: Perhaps it would be of assistance to you if I referred to some factual situations that have occurred in private homes. That may be of assistance to you.

THE FOREMAN OF THE JURY: All right.

THE COURT: In one case there were found to be billies and hardwood legs from broken chairs, and the persons in possession of them were convicted of possession for a purpose dangerous to the public peace, even though they

tirées d’arrêts antérieurs. Il a mentionné les arrêts *R. v. Badenoch*¹, *R. v. Yaskowitch*² et *Caccamo c. La Reine*³. Les avocats ne se sont pas opposés à cette façon de procéder. Il faut noter cependant qu’on n’a pas beaucoup discuté de la voie que devait suivre le juge du procès et les avocats, évidemment, ne savaient pas en quels termes exacts le juge du procès allait s’adresser au jury.

Le jury a été rappelé dans la salle d’audience et la transcription de la preuve nous relate ce qui s’est passé:

[TRADUCTION] QUESTION DU JURY ET
DIRECTIVES SUPPLÉMENTAIRES DE SON
HONNEUR

—Le jury revient dans la salle d’audience à 16h33.

LE GREFFIER DU TRIBUNAL: Le chef du jury voudra bien se lever.

Je crois que vous avez une question à poser à Son Honneur.

LE CHEF DU JURY: Oui, nous en avons une. Votre Honneur, le jury aimerait que soit clarifié le droit relatif à l’expression «dangereux pour la paix publique», spécialement en ce qui concerne son application à l’intérieur de la résidence d’une personne.

LE TRIBUNAL: Je présume que vous ne désirez pas que je vous donne d’autres directives sur les éléments dont vous devez tenir compte pour établir ce qui est «dangereux pour la paix publique». Vous attirez mon attention sur le fait que les armes ont été trouvées dans une résidence privée et vous désirez quelque commentaire ou assistance à cet égard, savoir qu’elles ont été trouvées dans une résidence privée. Est-ce exact?

LE CHEF DU JURY: Je dirais que nous comprenons l’application du droit comme vous nous l’avez expliqué.

LE TRIBUNAL: Je n’ai donc pas à . . .

LE CHEF DU JURY: Nous aimerions simplement avoir plus de détails sur ce point.

LE TRIBUNAL: Il vous serait peut-être utile que je fasse référence à des situations de fait qui sont survenues dans des résidences privées. Cela pourrait vous aider.

LE CHEF DU JURY: D’accord.

LE TRIBUNAL: Dans un cas, on a trouvé des gourdins et des pattes de bois franc provenant de chaises brisées, et ceux qui les avaient en leur possession ont été déclarés coupables de possession dans un dessein dangereux pour

¹ [1969] 1 C.C.C. 78 (B.C.C.A.).

² [1938] O.R. 178 (Ont. C.A.).

³ [1976] 1 S.C.R. 786.

¹ [1969] 1 C.C.C. 78 (C.A. C.-B.).

² [1938] O.R. 178 (C.A. Ont.).

³ [1976] 1 R.C.S. 786.

were assembled in a private place and these objects were for a purpose of defence against a contemplated attack.

Then there is another factual situation, which also happens to be a reported case, where a person was found to have knives in his possession and was found to possess them for a purpose dangerous to the public peace, in that during the course of a family argument in a motel unit, he took two knives out of a drawer and waved them about in a threatening manner and grabbed one of the female occupants and made a threat. The Court held that regardless of whether or not this conduct took place inside or outside a private dwelling, the conviction would be sustained.

Then in another example, also found in a reported case (a case that was considered by the Supreme Court of Canada), a person was found to possess a loaded pistol, and it was found in the top of a wardrobe in his bedroom, in a box, with eight additional rounds of ammunition. In another part of the bedroom six counterfeit ten-dollar bills were found. A sum of cash was found in his trouser pocket which amounted to \$1700. There was also other evidence that tended to connect him with an organization which used or was known to use force.

Now is that of any assistance to you, ladies and gentlemen?

You may retire; and if I haven't answered your question, if you will re-form it, I would be glad to hear it.

—The jury retires from the courtroom at 4:37 p.m.

The jury retired and a few minutes later returned with its verdict. As I have said, they convicted the accused on counts 1 to 4 of the indictment.

No authority is needed for the proposition that where a judge sits with a jury it is the function of the jury alone to find the facts and to do so upon the evidence adduced. It is equally clear that the judge has the sole responsibility for the law and that in making his explanation of the law he may quite properly refer to illustrations to assist the jury but he must not in so doing take from the jury the right to form their own conclusion on matters of fact. The question which arises here is whether the trial judge's response to the jury's request for further assistance produced that undesired result.

la paix publique, bien que ces objets aient été réunis dans un endroit privé et n'aient été destinés à servir que comme moyen de défense contre une attaque redoutée.

Il y a ensuite une autre situation de fait, qu'on retrouve aussi dans un arrêt publié, où quelqu'un a été trouvé en possession de couteaux et il a été décidé qu'il les possédait dans un dessein dangereux pour la paix publique, parce que, pendant une querelle de famille dans une chambre de motel, il s'est emparé de deux couteaux dans un tiroir, les a brandis d'une façon menaçante et a saisi une femme en proférant des menaces. La Cour a conclu que peu importe le lieu, à l'intérieur ou à l'extérieur d'une résidence privée, la déclaration de culpabilité devait être maintenue.

Dans un autre exemple, qui se trouve également dans un arrêt publié (un arrêt de la Cour suprême du Canada), une personne a été trouvée en possession d'un pistolet chargé, découvert dans une boîte sur le dessus d'une armoire à linge dans sa chambre à coucher avec huit autres cartouches. Ailleurs dans la chambre à coucher, on a trouvé six billets contrefaits de dix dollars. On a trouvé dans la poche de son pantalon une somme de \$1,700 en argent comptant. Il y avait également d'autres preuves qui tendaient à le relier à une organisation qui utilisait la force ou était connue pour l'utiliser.

Cela vous aide-t-il, mesdames et messieurs?

Vous pouvez vous retirer et si je n'ai pas suffisamment répondu à votre question, vous la reformulerez et je vous entendrai volontiers.

—Le jury se retire de la salle d'audience à 16h 37.

Le jury s'est retiré et est revenu quelques minutes plus tard pour rendre son verdict. Comme je l'ai dit, il a déclaré l'accusé coupable sur les chefs 1 à 4 de l'acte d'accusation.

Il est inutile d'invoquer des précédents pour dire que lorsqu'un juge siège avec un jury, il appartient exclusivement au jury de décider des faits sur la base de la preuve soumise. Il est tout aussi clair que le juge a seul la responsabilité des questions de droit et qu'en expliquant le droit, il peut régulièrement citer des exemples pour venir en aide au jury, mais il ne doit pas de cette façon enlever au jury le droit de tirer sa propre conclusion sur les questions de fait. En l'espèce, il faut se demander si la réponse du juge à la demande de directives supplémentaires du jury a eu ce résultat fâcheux.

Before embarking on that inquiry it seems fitting to observe that a judge's charge, when scrutinized by an appellate court, must be read in full and considered in its entirety. I have read the charge with great care. No complaint was made against that part delivered before the jury posed its question. Indeed it is my opinion that no complaint could be sustained. Upon the all important issue of the purpose for which the weapons were possessed, the trial judge told the jury in precise terms that it was for them to decide. He told them as well that the possession of weapons for defensive purposes was a factor for consideration but not by itself decisive. He also told them that they must consider all the circumstances surrounding the matter and he made it clear that the possession of a weapon in a person's home could be legal and unobjectionable. He then reviewed the evidence touching on purpose and related it to the law. Near the conclusion of his charge, he returned to this subject with a short and accurate summary of his earlier instructions. In my view, if there had been no question raised by the jury, the charge would have been unassailable.

I turn now to the answer he gave to the jury's question. I commence by saying that the course adopted by the trial judge at this point was unfortunate. It would undoubtedly have been wiser to repeat the charge that he had earlier given or to give a further charge in general terms explaining his earlier remarks with particular reference to the question raised by the jury. It does not follow, however, that he made a reversible error. It is obvious that the jury was to some extent confused by the Crown's submission that they could find a purpose dangerous to the public peace upon evidence which revealed possession in a private dwelling place or places. The trial judge could have answered the question simply and correctly by telling the jury that the fact that the weapons were in a private dwelling was merely one of many factors to be considered in reaching a conclusion. This he had covered in his earlier charge. He chose, however, to illustrate the same proposition by reference to factual situations he found in the cases. In the first two illustrations he referred to two cases, *R. v. Badenoch*, *supra*, and *R. v. Yas-*

Avant de se lancer dans cette recherche, il convient de faire remarquer qu'une cour d'appel qui scrute les directives d'un juge, doit les lire en entier et les étudier dans leur ensemble. J'ai lu les directives très soigneusement. On ne s'est pas plaint de celles qui ont été données au jury avant qu'il ne pose sa question. Je suis d'ailleurs d'avis que l'on n'aurait pas pu s'en plaindre. Sur la question cruciale du dessein dans lequel l'accusé possédait les armes, le juge du procès a dit au jury en termes précis qu'il lui appartenait d'en décider. Il lui a aussi dit que la possession d'armes à des fins défensives était un élément dont il fallait tenir compte mais qui, en soi, n'était pas décisif. Il lui a aussi dit qu'il devait tenir compte de toutes les circonstances de l'affaire et affirmé sans équivoque que la possession d'une arme par une personne dans sa résidence pouvait être légale et non répréhensible. Il a alors récapitulé la preuve relative au dessein et l'a expliquée en fonction du droit applicable. Peu avant de conclure ses directives, il est revenu sur cette question dans un résumé bref et précis de ses directives antérieures. A mon avis, si le jury n'avait posé aucune question, les directives auraient été inattaquables.

Passons maintenant à la réponse qu'il a donnée à la question du jury. D'abord, le juge du procès a abordé cette question d'une façon peu heureuse. Nul doute qu'il aurait été mieux avisé de répéter les directives qu'il avait déjà données ou d'en donner d'autres en termes généraux pour expliquer ses directives antérieures à la lumière de la question soulevée par le jury. Il ne faut toutefois pas en déduire qu'il a commis une erreur donnant lieu à cassation. Il est évident que le substitut du procureur général a pu semer la confusion chez les jurés quand il a soutenu que la preuve de possession dans une résidence privée permettait de conclure à un dessein dangereux pour la paix publique. Le juge du procès aurait pu répondre à la question simplement et correctement en disant au jury que le fait que les armes se trouvaient dans une résidence privée n'était qu'un des nombreux éléments à considérer avant d'en arriver à une conclusion. Il en avait d'ailleurs traité dans ses directives antérieures. Il a choisi cependant d'illustrer cette même proposition par des situations de fait tirées de la jurisprudence. Ses deux premiers exemples

kowitch, supra, where instruments, not always to be regarded as weapons, were held to be so and where convictions were obtained despite the fact that possession was in a private place. I cannot read his words from these two examples to mean or to leave the meaning that as a matter of law the jury was required to regard the weapons in the case at bar as having been possessed for a purpose dangerous to the public peace. The two illustrations go no further in my mind than to point out that possession in a private place does not rule out the existence of a purpose dangerous to the public peace.

The third example drawn from the case of *Caccamo v. The Queen, supra*, is more difficult and it is this illustration which was strenuously attacked by the appellant's counsel. Not only, it was argued, does it refer to the Supreme Court of Canada but, in its reference to the finding of counterfeit bills and cash and the other evidence tending to show a connection with an organization which used or was known to use force, it underscored the evidence of similar nature present in the case at bar to the prejudice of the appellant. The effect of the reference to the *Caccamo* case by the trial judge, it was argued, was to leave the jury with the impression that it had already been determined in the courts as a matter of law that possession of weapons in circumstances such as those found in the evidence amounted to proof of a purpose dangerous to the public peace and that they were left with no alternative but to convict.

In support of this argument, reliance was placed upon *R. v. St. Pierre*⁴. Other authorities such as *R. v. Barr*⁵ and *R. v. Richards*⁶ were cited but the appellant's argument rests principally upon, and is most strongly supported in *R. v. St. Pierre*.

In *R. v. St. Pierre, supra*, the appellant had admitted cunnilingus and the trial judge in charging the jury on the offence of gross indecency read to the jury the headnote from the case of *R. v.*

sont tirés des arrêts *R. v. Badenoch*, précité, et *R. v. Yaskowitch*, précité, où des instruments, qui ne sont pas toujours considérés comme des armes, ont été jugés en être et où des déclarations de culpabilité ont été obtenues même si la possession s'exerçait dans un lieu privé. Je ne crois pas que ce qu'il a dit de ces deux exemples signifie ou laisse entendre qu'en droit le jury devait considérer que la possession d'armes dans l'espèce était reliée à un dessein dangereux pour la paix publique. Les deux exemples, à mon avis, soulignent seulement que la possession dans un endroit privé n'exclut pas l'existence d'un dessein dangereux pour la paix publique.

Le troisième exemple tiré de l'arrêt *Caccamo c. La Reine*, précité, soulève plus de difficultés et c'est cet exemple que l'avocat de l'appelant a vigoureusement attaqué. Non seulement, a-t-on fait valoir, réfère-t-il à la Cour suprême du Canada, mais, en mentionnant la découverte de billets contrefaits, d'argent comptant et d'autres preuves qui tendent à démontrer un lien avec une organisation qui utilisait ou était connue pour utiliser la force, il a insisté, au préjudice de l'appelant, sur la preuve similaire en l'espèce. On a soutenu que l'effet de la référence par le juge du procès à l'arrêt *Caccamo* a été de donner au jury l'impression que les tribunaux avaient déjà décidé qu'en droit la possession d'armes dans des circonstances comme celles établies par la preuve démontrait un dessein dangereux pour la paix publique et qu'il n'avait pas d'autre choix que de prononcer un verdict de culpabilité.

A l'appui de cet argument, on s'est fondé sur *R. v. St. Pierre*⁴. D'autres arrêts, comme *R. v. Barr*⁵ et *R. v. Richards*⁶ ont été cités, mais l'argument de l'appelant se fonde principalement sur *R. v. St. Pierre* où il trouve son appui le plus solide.

Dans *R. v. St. Pierre*, précité, l'appelant avait admis avoir pratiqué le cunnilingus et le juge du procès, donnant au jury ses directives sur l'infraction de grossière indécence, lui a lu le sommaire de

⁴ (1974), 17 C.C.C. (2d) 491 (Ont. C.A.).

⁵ (1975), 23 C.C.C. (2d) 116 (Ont. C.A.).

⁶ (1937), 69 C.C.C. 289 (N.D.S.C.A.D.).

⁴ (1974), 17 C.C.C. (2d) 491 (C.A. Ont.).

⁵ (1975), 23 C.C.C. (2d) 116 (C.A. Ont.).

⁶ (1937), 69 C.C.C. 289 (D.A.C.S. N.-É.).

*LeFrancois*⁷, which was a case where fellatio had been the subject of a gross indecency charge. He then read from the judgment of Miller, C.J.M., a passage which described the appellant's behaviour as "unnatural and depraved" and not within acceptable standards of behaviour. His dealing with the matter is best illustrated by an excerpt from the charge to the jury referred to by Dubin J.A. in his judgment in the *St. Pierre* case at p. 492 which is reproduced hereunder:

It may be of some help to you if I were to read to you very briefly from a judgment of the Manitoba Court of Appeal, and this was not a case of cunnilingus, but one of fellatio, and that is the putting of a penis in someone's mouth. There the Court said:

An accused who engages in an act of fellatio with a female is guilty of the offence of gross indecency whether or not the female consents to such an act. The conduct as such is so repugnant to the ordinary standards of morality and decency that is cannot be called anything other than gross indecency.

They go on:

The accused's behaviour was unnatural and depraved and violated the common standards of conduct accepted by the people of our land, and it is our view that Canadians are not prepared to condone such acts as falling within acceptable standards of behaviour.

Members of the jury, that was an expression of opinion on a fact. You must consider it. It is not controlling. You will consider all the facts here. What I have said may be of use to you. You will consider the definition of gross indecency and you will consider all the circumstances and say whether or not what happened here was a grossly indecent act.

The jury having heard these words, commenced deliberation and after several hours returned and asked for assistance on the law regarding "the gross indecent act". In recharging the jury, the judge reread the headnote from the *LeFrancois* case and added, "that was the statement of the court having regard to a similar act and you may find that it is helpful or not". I am in full agreement with the words of Dubin J.A. who said,

⁷ [1965] 4 C.C.C. 255 (Man. C.A.).

l'arrêt *R. v. LeFrancois*⁷, un arrêt où la *fellatio* avait fait l'objet d'une accusation de grossière indécence. Il a alors lu un passage des motifs du juge Miller, juge en chef du Manitoba, qui qualifiait la conduite de l'appelant de [TRADUCTION] «contraire à la nature et dépravée» et en dehors des normes acceptables de conduite. La meilleure illustration de la façon dont il a traité de cette question est l'extrait des directives au jury cité par le juge Dubin de la Cour d'appel dans ses motifs de l'arrêt *St. Pierre* à la p. 492 reproduit ci-dessous:

[TRADUCTION] Cela pourrait vous être utile si je vous lisais très brièvement un extrait de l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba; il n'y est pas question de *cunnilingus* mais de *fellatio*, un acte qui consiste à mettre un pénis dans la bouche de quelqu'un. La Cour y a dit:

Un accusé qui commet un acte de *fellatio* avec une femme est coupable de l'infraction de grossière indécence, que la femme ait ou non consenti à cet acte. Cette conduite est en soi tellement incompatible avec les normes habituelles de moralité et de décence qu'elle ne peut être qualifiée autrement que de grossière indécence.

Elle poursuit en ces termes:

La conduite de l'accusé était anormale et dépravée et violait les normes de conduite reconnues par les gens de notre pays, et nous sommes d'avis que les Canadiens ne sont pas disposés à considérer que des actes de cette nature entrent dans les normes acceptables de conduite.

Membres du jury, c'était là l'expression d'une opinion sur un fait. Vous devez en tenir compte. Elle ne vous lie pas. Vous allez prendre en considération tous les faits en l'espèce. Ce que j'ai dit peut vous servir. Vous allez prendre en considération la définition de la grossière indécence et tenir compte de toutes les circonstances pour décider si ce qui s'est produit en l'espèce était ou non un acte de grossière indécence.

Après avoir entendu ces directives, le jury a commencé à délibérer et après plusieurs heures est revenu demander des explications sur le droit concernant «l'acte de grossière indécence». Dans d'autres directives au jury, le juge a relu le sommaire de l'arrêt *LeFrancois* et a ajouté [TRADUCTION] «c'est là ce que la Cour a dit à propos d'un acte similaire et vous pouvez estimer que cela vous est utile ou non». Je suis entièrement d'accord avec le

⁷ [1965] 4 C.C.C. 255 (C.A. Man.).

speaking for the court, at p. 493, in the *St. Pierre* case:

With deference to the learned trial judge, he erred by reading from the headnote of that judgment. In so doing, he could not have helped but to have left the impression with the jury that a Court has held, as a matter of law, that the conduct alleged on the part of St. Pierre constituted gross indecency. The issue here was a question of fact for the jury and yet it was put to them as if it were a question of law. The jury had been advised that they must take the law as the learned trial Judge had given it to them, and the fact that he advised them that they might or might not find this statement helpful does not, in my view, remedy the misdirection.

The danger of referring to decided cases and other authorities in order to provide illustrations for the assistance of juries in deciding issues of fact has been noted frequently by the courts. In *R. v. Barr*, *supra*, Dubin J.A. in *obiter* said:

Further, in the learned trial Judge's charge to the jury on the question of law he dealt with the *Poitras v. The Queen* case, *supra*. For the purpose of illustrating his recital of that case he interposed the names of the witness in the case at bar with names of the witnesses in the *Poitras v. The Queen* case and then instructed the jury as to the judgment of the Supreme Court of Canada. With respect to the learned trial Judge, doing it in this way could only confuse the jury and might leave them with the impression that the Supreme Court of Canada on facts identical to the facts in the case at bar had determined that the accused was guilty. With respect, the trial Judge ought to have instructed the jury as to the law set down by the Supreme Court of Canada, and then related the issues therein to the facts of the case at bar. It is only in this way that the jury could properly apply the facts in the case before them to the law as enunciated by the learned trial Judge. To leave it in the manner that the learned trial Judge did in this case might well have had the effect of removing the defense from the jury, since they could readily conclude that the issues had been resolved for them by a definitive judgment of the Supreme Court of Canada.

Other examples may be found in *R. v. Richards*, *supra*, and *R. v. More*⁸.

While the adoption of this course by a trial judge will not always amount to error in law, it is generally to be avoided. The trial judge faces a

juge Dubin qui a dit, s'exprimant au nom de la Cour, dans l'arrêt *St. Pierre*, à la p. 493:

[TRADUCTION]. Avec respect pour le savant juge du procès, il a erré en lisant un extrait du sommaire de cet arrêt. Ce faisant, il n'a pu que laisser au jury l'impression qu'une cour avait décidé qu'en droit la conduite attribuée à St. Pierre constituait de la grossière indécence. Il s'agissait d'une question de fait pour le jury, mais elle lui a été présentée comme une question de droit. Le jury avait été avisé qu'il devait considérer le droit tel qu'il lui avait été expliqué par le savant juge du procès et le fait qu'il lui ait indiqué que cet énoncé pouvait ou non l'aider ne remédie pas, à mon avis, à la directive fautive.

Les tribunaux ont fréquemment signalé le danger de citer la jurisprudence et la doctrine pour donner des exemples en vue d'aider aux jurys à trancher des questions de fait. Dans *R. v. Barr*, précité, le juge Dubin de la Cour d'appel a dit en *obiter*:

[TRADUCTION] Le savant juge du procès a de plus traité dans ses directives au jury de l'arrêt *Poitras v. The Queen*, précité. Afin d'illustrer son récit de cette décision, il a ajouté aux noms des témoins en l'espèce ceux des témoins dans l'arrêt *Poitras v. The Queen* puis a donné des directives au jury quant à l'arrêt de la Cour suprême du Canada. Avec respect pour le savant juge du procès, agir ainsi ne pouvait qu'embrouiller le jury et lui donner l'impression que sur des faits identiques à ceux de l'espèce, la Cour suprême du Canada avait décidé que l'accusé était coupable. Avec respect, le juge du procès aurait dû d'abord exposer au jury le droit énoncé par la Cour suprême du Canada, puis relier les questions qui se posaient dans cette affaire-là aux faits en l'espèce. Ce n'est que de cette manière que le jury aurait pu appliquer aux faits de l'affaire qui lui était soumise le droit énoncé par le savant juge du procès. La manière dont le savant juge du procès a présenté la situation en l'espèce a fort bien pu avoir pour effet d'annihiler la défense aux yeux du jury, puisque celui-ci pouvait aisément conclure qu'un arrêt de la Cour suprême du Canada avait déjà effectivement tranché à sa place les questions qui lui étaient soumises.

On trouve d'autres exemples dans *R. v. Richards*, précité, et *R. v. More*⁸.

Quoique cette façon de procéder de la part d'un juge de première instance ne constitue pas toujours une erreur en droit, il vaut mieux habituellement

⁸ (1963), 43 W.W.R. 30 (Man. C.A.).

⁸ (1963), 43 W.W.R. 30 (C.A. Man.).

task of great difficulty in charging a jury. He must explain the law and he must as well relate the law to the facts. While he is entitled to comment on and express opinions on the evidence, he must always keep in mind the separate functions of the judge and jury and avoid any interference with the jury's prerogative to find facts. The trial judge is fully entitled to all the assistance he can find in the decided cases and other authorities and he is entitled to utilize the language of learned judges and authors in making his explanations and in answering questions. He must, however, be at pains to see that he does not leave with the jury the impression that because a conviction or acquittal resulted in an earlier case on apparently similar facts they are bound as a matter of law to reach the same result in the case before them. He must make it clear to the jury that his explanations are explanations of law and that they must apply that law to the peculiar facts of the case before them only after finding the facts themselves. The words of Greenshields J. in *Leblanc v. The King*⁹, at pp. 209-210, illustrate the position:

In the present case, the trial Judge was instructing the jury on the law governing the theft of a postal letter. After explaining the general law of theft, he told the jury that it had been decided in two cases, that a certain manner of dealing with a postal letter by a postman was, in law, theft. Taking his charge as a whole, and as stated in his notes, the trial Judge did nothing more than to say to the jury, "If you find such and such to be the facts,—and you are masters of the facts—I tell you, in law, it is theft," and in support of his instruction in law, he referred to other cases where the law had been laid down or determined. As was said by a Chief Justice:—"He, the trial Judge, or the counsel, has the right to use the words of another as expressive of his own opinion. There is no objection to him (counsel) even using them as part of his own speech."

I have no hesitation in saying, that the Judge charging a jury, in law, has a perfect right to say to them, "Lord Chief Justice so and so, in a certain case reported, laid down the law on this matter to be such and such," and there and then proceed to read to the jury the holding in law in that other case. Or, in other words, to use them as expressive of his own opinion.

⁹ (1927), 49 C.C.C. 207 (Que. Ct. K.B.).

l'éviter. C'est une tâche très difficile pour le juge du procès de donner des directives au jury. Il doit expliquer le droit ainsi que le relier aux faits. Bien qu'il lui soit permis de commenter la preuve et d'exprimer des opinions sur celle-ci, il doit toujours avoir à l'esprit les rôles différents du juge et du jury et éviter d'usurper la prérogative du jury de décider des faits. Le juge du procès peut recourir à la jurisprudence et à la doctrine et reprendre les termes des savants juges et auteurs pour donner des explications et répondre à des questions. Il doit cependant se garder de laisser au jury l'impression que, parce que dans une affaire antérieure une déclaration de culpabilité ou un acquittement a été prononcé sur des faits apparemment similaires, celui-ci est tenu en droit d'arriver au même résultat dans l'affaire qui lui est soumise. Il doit clairement faire comprendre au jury que ses explications sont des explications sur le droit et que celui-ci doit appliquer ce droit aux faits particuliers de l'espèce seulement après avoir décidé des faits eux-mêmes. Cette position est illustrée par le juge Greenshields dans *Leblanc v. The King*⁹, aux pp. 209 et 210:

[TRADUCTION] En l'espèce, le juge du procès donnait des directives au jury sur le droit relatif au vol d'une lettre postale. Après avoir expliqué le vol en général, il a dit au jury que dans deux affaires, il avait été décidé qu'une certaine façon pour un postier de traiter une lettre postale constituait, en droit, un vol. Considérant l'ensemble de ses directives, telles que formulées dans ses notes, le juge du procès n'a rien dit au jury de plus que: «Si vous décidez que tels sont les faits—et vous êtes maîtres des faits—je vous dis qu'en droit il y a vol». Et à l'appui de ses directives sur le droit, il a fait référence à d'autres affaires où on avait énoncé et décidé le droit. Comme l'a dit un juge en chef:—"Le juge du procès, ou l'avocat, a le droit d'employer les termes d'un autre pour exprimer sa propre opinion. Rien ne s'oppose à ce qu'il (l'avocat) les emploie même dans son propre discours."

Je n'ai aucune hésitation à dire que le juge, dans ses directives au jury sur le droit, a parfaitement le droit de dire, «Le juge en chef un tel, dans une décision publiée, a énoncé le droit sur ce point comme ceci», et lui lire sur-le-champ le droit établi dans cette autre affaire. Ou, en d'autres termes, de les utiliser pour exprimer sa propre opinion.

⁹ (1927), 49 C.C.C. 207 (C.B.R. Qué.).

The principles above stated are, in my view, not in dispute. The case must turn on the application of those principles. It is to a great extent a question of degree, each case must be considered on its own facts and consideration must be given to the influence the words used by the trial judge had or could have had upon the jury. In the *St. Pierre* case, it seems clear to me that the trial judge's words were tantamount to a specific statement that the issue had been settled in the courts and that the conduct of the appellant was therefore, in law, grossly indecent. The trial judge's words in the case at bar do not go so far. They provide illustrations—in which no error in law appears—of circumstances where the possession of weapons in a private dwelling place did not preclude a finding of a purpose dangerous to the public peace. The effect of the charge taken as a whole was, in my opinion, to make it clear that the case references were merely illustrative of situations involving questions similar to the one facing the jury. I am unable to read the judge's words as meaning or being capable of conveying the meaning complained of by the appellant. The illustrations given in answer to the jury's question did not constitute an entry by the judge into the jury's peculiar sphere and did not constitute a direction to them to bring in a particular verdict. This is a case where the words of Greenshields J. from *Leblanc v. The King*, *supra*, at p. 210, immediately following the words already quoted, are apposite:

In the present case the trial Judge never told the jury that because another man was convicted by another jury, the prisoner should be convicted. What he did tell the jury was, that the law as stated by him, had been so stated and upheld by other Courts.

It is my opinion that the jury was not misdirected on the law nor misled as to its functions with regard to the evidence and I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Allan Mintz, Toronto.

Solicitor for the respondent: H. Allan Leal, Toronto.

A mon avis, les principes énoncés plus haut ne sont pas contestés. La solution en l'espèce dépend de leur application. Il s'agit dans une large mesure d'une question d'intensité; il faut décider chaque cas suivant ses propres faits et il faut tenir compte de l'influence que les termes utilisés par le juge du procès ont eue ou ont pu avoir sur le jury. Dans l'arrêt *St. Pierre*, il me paraît évident que les termes du juge constituaient presque une affirmation spécifique que le point avait été décidé par les tribunaux et que la conduite de l'appellant était, en conséquence, grossièrement indécente en droit. Les termes employés par le juge du procès en l'espèce ne vont pas aussi loin. Ils donnent des exemples—où n'apparaît aucune erreur de droit—de circonstances où la possession d'armes dans une résidence privée n'a pas empêché de conclure au dessein dangereux pour la paix publique. A mon avis, l'effet des directives prises dans leur ensemble a été d'indiquer clairement que les références à ces décisions étaient simplement des exemples de situations qui présentaient des problèmes semblables à celui dont le jury était saisi. Je ne crois pas que ce qu'a dit le juge signifie ou soit susceptible de signifier ce dont l'appellant se plaint. Les exemples apportés en réponse à la question du jury ne constituaient pas une intervention du juge dans le domaine réservé au jury ni une directive de rendre un verdict précis. Il s'agit d'un cas où la suite des remarques du juge Greenshields dans *Leblanc v. The King*, précité, à la p. 210, est appropriée:

[TRADUCTION] En l'espèce le juge du procès n'a jamais dit au jury que, parce qu'un autre jury avait trouvé un autre homme coupable, le prisonnier devait l'être. Ce qu'il leur a dit était que le droit qu'il avait énoncé, avait été énoncé et confirmé par d'autres tribunaux.

Je suis d'avis que le jury n'a pas reçu de directives erronées sur le droit et qu'il n'a pas été induit en erreur quant à son rôle dans l'appréciation de la preuve. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appellant: Allan Mintz, Toronto.

Procureur de l'intimée: H. Allan Leal, Toronto.

**Household Realty Corporation Limited and
Harris and Roome Limited** *Appellants*;

and

Attorney General of Canada *Respondent*;

and

**MacCulloch & Company Limited,
T.P. Calkin Limited and the Royal Bank of
Canada** *Appellants*;

and

Attorney General of Canada *Respondent*.

1979: March 7; 1979: October 2.

Present: Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey, Pratte
and McIntyre JJ.

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

*Mortgages — Priorities — Sale of land — Priority
of Crown judgments — Priority of Crown claims with
claims "of equal degree" — The Registry Act, R.S.N.S.
1967, c. 265, ss. 17, 18.*

Both appeals involve the same issue—does a Crown judgment have priority in the distribution of a foreclosure sale surplus over judgments and second or collateral mortgages registered under the *Registry Act* prior to the Crown judgment? In the MacCulloch case, Grant J., in chambers held that the Crown had priority over a collateral mortgage held by the appellant Royal Bank and over judgments of the other appellants, all of which were recorded prior to the Crown's judgment. In the Household Realty case, Hart J., also in chambers, held that the Crown had no such priority and that it ranked after collateral or second mortgages recorded prior to the recording of the Crown's judgment. In his reasons on the application for leave to appeal to this Court, MacKeigan C.J. narrowed the issue to—whether a federal Crown judgment has priority in the distribution of the first mortgage foreclosure sale surplus over a second or collateral mortgage registered under the provincial *Registry Act* prior to the Crown judgment. The Appeal Division held that the Crown's judgments did take priority basing their conclusion on *The Queen v. Bank of*

**Household Realty Corporation Limited et
Harris and Roome Limited** *Appelantes*;

et

Procureur général du Canada *Intimé*;

et

**MacCulloch & Company Limited,
T.P. Calkin Limited et la Banque Royale du
Canada** *Appelantes*;

et

Procureur général du Canada *Intimé*.

1979: 7 mars; 1979: 2 octobre.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz,
Estey, Pratte et McIntyre.

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

*Hypothèques — Priorités — Vente de bien-fonds —
Priorité d'un jugement rendu en faveur de Sa Majesté
— Priorité de réclamations de Sa Majesté sur des
réclamations «de rang égal» — The Registry Act,
R.S.N.S. 1967, chap. 265, art. 17, 18.*

Les deux pourvois soulèvent la même question—dans la distribution du solde du produit d'une vente après saisie, un jugement rendu en faveur de Sa Majesté a-t-il priorité sur des jugements et des deuxièmes hypothèques ou hypothèques subsidiaires enregistrés conformément à la *Registry Act* avant le jugement en faveur de Sa Majesté? Dans l'affaire MacCulloch, le juge Grant a décidé en chambre que Sa Majesté avait priorité sur une hypothèque subsidiaire détenue par la Banque Royale appelante et sur des jugements en faveur des autres appelantes, qui ont tous été enregistrés avant le jugement en faveur de Sa Majesté. Dans l'affaire Household Realty, le juge Hart, également en chambre, a décidé que Sa Majesté n'avait aucune priorité et qu'elle venait après les deuxièmes hypothèques ou hypothèques subsidiaires enregistrées avant le jugement en faveur de Sa Majesté. Dans les motifs du jugement qu'il a rendu sur la demande d'autorisation d'appel à cette Cour, le juge en chef MacKeigan a précisé le problème comme suit—dans la distribution du solde du produit d'une vente résultant d'une saisie pratiquée par le premier créancier

Nova Scotia (1885), 11 S.C.R. 1.

Held: The appeals should be allowed.

Where a debt or claim due to the Crown comes into competition with the debt or claim of a subject and the claims are "of equal degree", the claim of the Crown prevails. The issue here however was whether the claims "were of equal degree". The surplus monies in the hands of the sheriff were held by him and later by the Accountant General of the Supreme Court of Nova Scotia in trust for the subsequent encumbrancers. It cannot be said that, upon the security represented by the mortgage premises being converted into money at the foreclosure sale, the priority of a second mortgagee of record is automatically diminished in favour of a Crown judgment recorded at a later date. This being so, the claim of the second mortgagee is of a higher degree than that of the subsequently recorded Crown judgments and the "equal degree" rule does not apply. The Crown judgments on registration have under the priorities of ss. 17 and 18 of the Act, the status of mortgages and depend for their priority upon the date of registration.

The Queen v. Bank of Nova Scotia (1885), 11 S.C.R. 1; *Crowther v. Attorney-General of Canada* (1959), 42 M.P.R. 269; *Re Henley & Co.* (1878), 9 Ch. D. 469; *The Queen v. J.A. Hughes Construction Limited* (1977), 77 D.L.R. (3d) 92; *Re Downe* (1972), 3 Nfld. & P.E.I.R. 496 referred to.

APPEALS from a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division¹ in the matter of judgments of Grant J. and Hart J. in chambers. Appeals allowed, judgment of Hart J. restored, order that surplus funds remaining after paying the amounts due to MacCulloch & Company Limited and T.P. Calkin Limited be paid to the Royal Bank of Canada substituted for judgment of Grant J.

The judgment of the Court was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal from a judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of

¹ (1978), 28 N.S.R. (2d) 302.

hypothécaire, un jugement en faveur de Sa Majesté du chef du Canada a-t-il priorité sur une deuxième hypothèque ou hypothèque subsidiaire enregistrée en vertu de la *Registry Act* provinciale avant que le jugement en faveur de Sa Majesté ne le soit? La Division d'appel a décidé, en se fondant sur l'arrêt *La Reine c. La Banque de Nouvelle-Écosse* (1885), 11 R.C.S. 1, que les jugements en faveur de Sa Majesté avaient priorité.

Arrêt: Les pourvois doivent être accueillis.

Lorsqu'une dette ou une réclamation due à Sa Majesté vient en concurrence avec la dette ou la réclamation d'un sujet et qu'elles sont «de rang égal», celle de Sa Majesté prévaut. Cependant, la question en l'espèce est celle de savoir si les réclamations «sont de rang égal». Le shérif, et subséquemment le Comptable général de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, détenaient le solde du produit en fiducie pour les créanciers subséquents. On ne peut pas dire qu'une fois la garantie représentée par les lieux hypothéqués réalisée par la vente en justice, la priorité dont jouissait le détenteur d'une deuxième hypothèque enregistrée est automatiquement diminuée au profit d'un jugement en faveur de Sa Majesté enregistré postérieurement. Cela étant, la réclamation du second créancier hypothécaire a préséance sur les jugements en faveur de Sa Majesté enregistrés subséquemment et la règle «de rang égal» ne s'applique pas. À partir de leur enregistrement, les jugements en faveur de Sa Majesté ont, en vertu de l'ordre de priorité établi par les art. 17 et 18 de la Loi, le caractère d'hypothèques et leur priorité dépend de la date de l'enregistrement.

Jurisprudence: *La Reine c. La Banque de Nouvelle-Écosse* (1885), 11 R.C.S. 1; *Crowther v. Attorney-General of Canada* (1959), 42 M.P.R. 269; *Re Henley & Co.* (1878), 9 Ch. D. 469; *The Queen v. J.A. Hughes Construction Limited* (1977), 77 D.L.R. (3d) 92; *Re Downe* (1972), 3 Nfld. & P.E.I.R. 496.

POURVOIS à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse¹ portant sur les jugements rendus par les juges Grant et Hart en chambre. Les pourvois sont accueillis, le jugement du juge Hart est rétabli et à celui du juge Grant, est substituée une ordonnance que le solde qui reste après le paiement des sommes dues à MacCulloch & Company Limited et T.P. Calkin Limited soit versé à la Banque Royale du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE RITCHIE—Il s'agit d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la

¹ (1978), 28 N.S.R. (2d) 302.

Nova Scotia brought with leave of that Court pursuant to s. 38 of the *Supreme Court Act*. Two appeals were involved in the judgment of the Appeal Division and the situation is explained in the opening paragraphs of the reasons for judgment delivered by Chief Justice MacKeigan in disposing of the appeal where he said:

These appeals involve the same issue—does a Crown judgment have priority in the distribution of a foreclosure sale surplus over judgments and second or collateral mortgages which were registered under the *Registry Act* prior to the Crown judgment?

In the first case, *MacCulloch & Company Limited et al. v. Attorney General of Canada*, the Honourable Mr. Justice Grant in chambers held that the Crown had priority over a collateral mortgage held by the appellant Royal Bank and over judgments of the other appellants, all of which were recorded prior to the Crown's judgment. In the second case, *Attorney General of Canada v. Household Realty Corporation Limited et al.*, the Honourable Mr. Justice Hart in chambers held that the Crown had no priority and that it ranked after the respondents who had collateral or second mortgages recorded prior to the recording of the Crown's judgment.

In the course of the reasons for judgment which he delivered on the application for leave to appeal to this Court, Chief Justice MacKeigan narrowed the issue which he stated in the following terms: At issue is whether a federal Crown judgment has priority in the distribution of the first mortgage foreclosure sale surplus over a second or collateral mortgage registered under the provincial *Registry Act* prior to the Crown judgment. No constitutional question was seriously argued on this appeal and indeed none was raised in accordance with the provisions of Rule 17 of the Rules of this Court.

The Appeal Division, like Mr. Justice Grant, held that the Crown's judgments took priority over the second mortgages and other judgments which were recorded before them. This finding is based on a judgment of this Court in *The Queen v. Bank*

Cour suprême de la Nouvelle-Écosse interjeté avec son autorisation conformément à l'art. 38 de la *Loi sur la Cour suprême*. L'arrêt de la Division d'appel portait sur deux appels et le juge en chef MacKeigan a expliqué la situation dans les premiers alinéas des motifs:

[TRADUCTION] Ces appels soulèvent la même question: dans la distribution du solde du produit d'une vente après saisie, un jugement rendu en faveur de Sa Majesté a-t-il priorité sur des jugements et des deuxièmes hypothèques ou hypothèques subsidiaires enregistrés conformément à la *Registry Act* avant le jugement en faveur de Sa Majesté?

Dans la première affaire, *McCulloch & Company Limited et al. c. Procureur général du Canada*, le juge Grant a décidé en chambre que Sa Majesté avait priorité sur une hypothèque subsidiaire détenue par la Banque Royale appelante et sur des jugements en faveur des autres appelantes, qui ont tous été enregistrés avant le jugement en faveur de Sa Majesté. Dans la seconde affaire, *Procureur général du Canada c. Household Realty Corporation Limited et al.*, le juge Hart a décidé en chambre que Sa Majesté n'avait aucune priorité et qu'elle venait après les intimées qui détenaient des deuxièmes hypothèques ou des hypothèques subsidiaires enregistrées avant le jugement en faveur de Sa Majesté.

Dans les motifs du jugement qu'il a rendu sur la demande d'autorisation d'appel à cette Cour, le juge en chef MacKeigan a précisé le problème comme suit: il s'agit de décider si, dans la distribution du solde du produit d'une vente résultant d'une saisie pratiquée par le premier créancier hypothécaire, un jugement en faveur de Sa Majesté du chef du Canada a priorité sur une deuxième hypothèque ou hypothèque subsidiaire enregistrée en vertu de la *Registry Act* provinciale avant que le jugement en faveur de Sa Majesté ne le soit. Aucune question constitutionnelle n'a été sérieusement débattue dans le présent pourvoi et d'ailleurs aucune n'a été soulevée conformément aux dispositions de la règle 17 des Règles de cette Cour.

La Division d'appel, comme le juge Grant, a décidé que les jugements en faveur de Sa Majesté avaient priorité sur les deuxièmes hypothèques et autres jugements enregistrés avant eux. Cette décision se fonde sur l'arrêt de cette Cour dans *La*

of *Nova Scotia*² where the Chief Justice stated:

I do not think there can be a doubt that the Crown is entitled at common law to a preference in a case such as this, for when the rights of the Crown come in conflict with the right of a subject in respect to the payment of debts of equal degree, the right of the Crown must prevail, and the Queen's prerogative in this respect, in this Dominion of Canada, is as exclusive as it is in England, the Queen's rights and prerogatives extending to the colonies in like manner as they do to the mother country.

It is noted in the reasons for judgment of the Appeal Division that the same view is echoed in other cases and both the Chief Justice and Mr. Justice Grant relied heavily on the case of *Crowther v. Attorney-General of Canada*³. This case related to competing claims advanced by the Crown and by an individual under s. 26(1) of the *Automobile Insurance Act*, R.S.N.S. 1954, c. 18, whereby the plaintiff was accorded the right

"... to have the insurance money payable under the policy applied in or towards satisfaction of his judgment and of any other judgments or claims against the insured covered by the indemnity and may, on behalf of himself and all persons having such judgments or claims, maintain an action against the insurer to have the insurance money so applied."

The claims in this case were clearly "of equal degree" and Mr. Justice MacDonald, speaking for himself and Mr. Justice Parker made the following statement:

... Hence I think it is desirable to point out that the prerogative claimed by the Crown Dominion is that described in the Attorney-General's factum herein as 'the prerogative which provides that, whenever the right of the Crown and the right of the subject with respect to the payment of debts or claims of equal degree come into competition, the right of the Crown prevails ... to the exclusion or postponement of other claimants of equal degree.'

I am satisfied that where a debt or claim due to the Crown comes into competition with the debt or claim of a subject and the claims are "of equal

*Reine c. La Banque de Nouvelle-Écosse*² où le Juge en chef a dit:

[TRADUCTION] Je crois qu'il n'y a aucun doute qu'en *common law* Sa Majesté a le droit d'être préférée en pareil cas, parce que lorsque les droits de Sa Majesté viennent en conflit avec le droit d'un sujet à l'égard du paiement de dettes de rang égal, le droit de Sa Majesté doit prévaloir, et la prérogative de la Reine à cet égard, au Canada, est aussi exclusive qu'elle l'est en Angleterre, les droits et prérogatives de la Reine s'étendant aux colonies de la même façon qu'à la mère-patrie.

On note dans les motifs de l'arrêt de la Division d'appel que d'autres décisions se font l'écho de la même opinion et tant le Juge en chef que le juge Grant se sont fortement appuyés sur *Crowther v. Attorney-General of Canada*³. Cette affaire concernait des réclamations concurrentes présentées par Sa Majesté et par un particulier en vertu du par. 26(1) de l'*Automobile Insurance Act*, R.S.N.S. 1954, chap. 18 qui accorde au demandeur le droit

[TRADUCTION] «... de faire affecter les sommes assurées payables aux termes de la police à la satisfaction du jugement rendu ainsi que de tous les autres jugements ou demandes contre l'assuré couvert par le contrat et peut, en son nom propre et au nom de toutes les personnes ayant ces demandes ou ces jugements, intenter contre l'assureur une action en vue de faire ainsi affecter ces sommes assurées.»

Dans cette affaire les réclamations étaient manifestement «de rang égal» et le juge MacDonald, en son nom et au nom du juge Parker, a dit:

[TRADUCTION] ... Je suis donc d'avis qu'il est souhaitable de souligner que la prérogative dont se réclame Sa Majesté du chef du Canada est celle que le factum du procureur général décrit comme «la prérogative qui établit que, lorsque le droit de Sa Majesté et celui d'un sujet à l'égard du paiement de dettes ou de réclamations de rang égal viennent en concurrence, celui de Sa Majesté prévaut ... à l'encontre de réclamants de rang égal qui se trouvent ainsi éliminés ou subordonnés.»

Je suis persuadé que lorsqu'une dette ou une réclamation due à Sa Majesté vient en concurrence avec la dette ou la réclamation d'un sujet et

² (1885), 11 S.C.R. 1.

³ (1959), 42 M.P.R. 269.

² (1885), 11 R.C.S. 1.

³ (1959), 42 M.P.R. 269.

degree”, the claim of the Crown prevails, but the pivotal question to be determined in this appeal is whether the claims represented by the recorded judgments of the Crown can be said to be “of equal degree” with the “second or collateral mortgage” previously recorded to which Chief Justice MacKeigan refers in the order granting leave to appeal to this Court.

With the greatest respect, I am unable to find any assistance in the reasons for judgment of the Appeal Division as to the meaning to be given to the phrase “of equal degree”. After referring to the case of *Re Henley & Co.*⁴ at p. 481, Chief Justice MacKeigan goes on to say:

I can find no definition of the phrase. In *Re Henley & Co.* mortgage claims were also apparently involved. I conceive the phrase to refer to what we would now call classes of creditors, such as secured creditor, ordinary creditor, etc.

The surplus monies in the hands of the sheriff after the first mortgage foreclosure sale were in my opinion held by him and subsequently by the Accountant General of the Supreme Court of Nova Scotia in trust for the subsequent encumbrancers, and in my view it cannot be said that upon the security represented by the mortgage premises being converted into money at the foreclosure sale, the priority theretofore enjoyed by a second mortgagee of record is automatically diminished so as to accord precedence to a Crown judgment obtained and recorded at a later date. If this be so, then it must follow that the claim of the second mortgagee is of a higher degree than that of the subsequently recorded Crown judgments and as the royal prerogative can only be invoked where the claim of the Crown and the subject are “of equal degree”, it can have no application in the present circumstances.

Like Hart J., I am of opinion that the degree of the priority of entitlement to the foreclosure sale surplus is to be determined according to the provisions of the *Registry Act* of Nova Scotia and the

qu’elles sont «de rang égal», celle de Sa Majesté prévaut, mais la question cruciale qu’il faut trancher en l’espèce est celle de savoir si on peut dire que les réclamations que représentent les jugements enregistrés de Sa Majesté sont «de rang égal» aux «deuxièmes hypothèques ou hypothèques subsidiaires» enregistrées antérieurement auxquelles le juge en chef MacKeigan fait référence dans l’ordonnance qui autorise le pourvoi à cette Cour.

Avec égards, les motifs de l’arrêt de la Division d’appel ne sont d’aucune utilité pour déterminer le sens à donner à l’expression «de rang égal». Après avoir fait référence à la décision *Re Henley & Co.*⁴ à la p. 481, le juge en chef MacKeigan poursuit:

[TRADUCTION] Je ne puis trouver aucune définition de cette expression. Dans *Re Henley & Co.*, il était apparemment aussi question de réclamations hypothécaires. Je crois que l’expression se rapporte à ce que nous qualifierions aujourd’hui de catégories de créanciers, comme les créanciers garantis, chirographaires, etc.

Le shérif, et subséquemment le Comptable général de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse détenaient le solde du produit de la vente résultant d’une saisie pratiquée par le premier créancier hypothécaire en fiducie pour les créanciers subséquents, et à mon avis, on ne peut pas dire qu’une fois la garantie représentée par les lieux hypothéqués réalisée par la vente en justice, la priorité dont jouissait à cet égard le détenteur d’une deuxième hypothèque enregistrée est automatiquement diminuée de façon à donner préséance à un jugement en faveur de Sa Majesté obtenu et enregistré postérieurement. Cela étant, il s’ensuit que la réclamation du deuxième créancier hypothécaire a préséance sur les jugements en faveur de Sa Majesté enregistrés subséquemment et, puisque la prérogative royale ne peut être invoquée que lorsque la réclamation de Sa Majesté et celle du sujet sont «de rang égal», elle ne peut s’appliquer dans les circonstances présentes.

Comme le juge Hart, je suis d’avis que la priorité du droit au solde du produit de la vente après saisie doit être fixée conformément aux dispositions de la *Registry Act* de la Nouvelle-Écosse et

⁴ (1878), 9 Ch.D. 469.

⁴ (1878), 9 Ch. D. 469.

Civil Procedure rule of that Province which establishes that:

47.11. Where the purchase money on a sale exceeds what is found to be due to a plaintiff, all accounts may be taken, inquiries made, costs taxed, and necessary proceedings had to distribute the surplus among the persons entitled thereto according to their priorities.

As I have indicated, I agree with Mr. Justice Hart that the words "entitled thereto according to their priorities" as they occur in this rule have reference to the priorities established under the *Registry Act*, R.S.N.S. 1967, c. 265, the most relevant sections of which for the purpose of this appeal are ss. 17 and 18 which read as follows:

17. Every instrument shall, as against any person claiming for valuable consideration and without notice under any subsequent instrument affecting the title to the same land, be ineffective unless the instrument is registered in the manner provided by this Act before the registering of such subsequent instrument.

18. A judgment, a certificate of which is registered in the manner by this Act provided in the registry of any district, shall, from the date of such registry, bind and be a charge upon any land within the district of any person against whom the judgment was recovered, whether such land was acquired before or after the registering of such certificate, as effectually and to the same extent as a registered mortgage upon such land of the same amount as the amount of such judgment.

It will be seen from the above that although registration of the Crown judgments gives them the status of mortgages, they depend for their priority upon the date of registration.

In the course of the reasons for judgment which he delivered on behalf of the Appeal Division, Chief Justice MacKeigan referred to the comment made by McQuaid J.A., in *The Queen v. J. A. Hughes Construction Limited*⁵ at p. 95, where he said of the case of *Re Downe*⁶:

... If necessary, however, the case at bar is distinguishable inasmuch as in the *Downe* case the Crown was seeking priority of its judgment over a prior registered

de la règle de procédure civile de cette province qui établit que:

[TRADUCTION] 47.11. Quand le prix d'achat lors d'une vente excède ce qui est dû au demandeur, on peut dresser tous les comptes, faire toutes les recherches, taxer tous les frais, et prendre toutes les procédures nécessaires pour distribuer le solde entre les personnes qui y ont droit selon leur priorité.

Comme je l'ai indiqué, je partage l'avis du juge Hart que, dans cette règle, l'expression «qui y ont droit selon leur priorité» fait référence à l'ordre de priorité établi par la *Registry Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 265, dont les dispositions les plus pertinentes sont les art. 17 et 18 qui se lisent comme suit:

[TRADUCTION] 17. Aucun instrument n'a d'effet contre une personne qui se réclame d'un droit acquis pour une contrepartie valable et sans avis en vertu d'un instrument subséquent portant sur le titre du même bien-fonds, s'il n'est enregistré de la manière prévue par la présente loi avant l'enregistrement de cet instrument subséquent.

18. Un jugement, dont un certificat est enregistré de la manière prévue par la présente loi au bureau d'enregistrement d'un district, est exécutoire et constitue une charge, à partir de la date d'enregistrement, contre tout bien-fonds situé dans le même district et appartenant à la personne contre qui ce jugement a été obtenu, que ce bien-fonds ait été acquis avant ou après l'enregistrement du certificat, avec les mêmes effets et dans la même mesure qu'une hypothèque d'un montant identique à celui du jugement enregistrée contre ce bien-fonds.

Il ressort de ce qui précède que bien que l'enregistrement des jugements en faveur de Sa Majesté leur confère le caractère d'hypothèques, leur priorité dépend de la date de l'enregistrement.

Dans les motifs de l'arrêt qu'il a rédigés au nom de la Division d'appel, le juge en chef MacKeigan a fait référence à la remarque du juge McQuaid dans *The Queen v. J. A. Hughes Construction Limited*⁵ à la p. 95, où il a dit ce qui suit à propos de la décision *Re Downe*⁶:

[TRADUCTION] ... Si c'était nécessaire, cependant, je dirais que l'espèce diffère de l'affaire *Downe*, car Sa Majesté y réclamait la priorité de son jugement sur une

⁵ (1977), 77 D.L.R. (3d) 92.

⁶ (1972), 3 Nfld. & P.E.I.R. 496.

⁵ (1977), 77 D.L.R. (3d) 92.

⁶ (1972), 3 Nfld. & P.E.I.R. 496.

chattel mortgage and it could be argued that the competition was not between creditors 'of equal degree'.

The *Hughes* case in my view stands for nothing more than a restatement of the proposition that even apart from the statute the Crown would have priority over judgment creditors as creditors of equal degree.

With the greatest respect I am unable to agree with the learned Chief Justice in the passage of his judgment which immediately succeeds his reference to the *Downe* case and where he said:

Here the creditors are in that sense all of the same class or degree *vis-à-vis* the fund in court. They are not of 'unequal' degree merely because they have different priorities. In any event, they do not cease to be of 'equal degree' merely because of the *Registry Act* priorities. A provincial statute cannot thus indirectly wipe out a federal Crown prerogative right.

In my view this passage overlooks the position at common law which was that the second mortgages here in question representing as they do a part interest in the legal title, took precedence over Crown judgments subsequently obtained and recorded against the mortgagor, owner of the equity of redemption. As I am of opinion that the monies in the hands of the sheriff and subsequently the Accountant General of the Supreme Court of Nova Scotia were subject to the same priorities as those existing at common law before the sale, it follows that I find the mortgagee's claim to be of higher and not of equal degree with that of the Crown, so that in the present case there was no federal Crown prerogative right wiped out by the *Registry Act* or otherwise.

For all these reasons I would allow this appeal, set aside the judgment of the Appeal Division, restore the judgment rendered by Mr. Justice Hart and substitute for the judgment of Grant J. an order that the surplus funds remaining after paying the amounts due to MacCulloch & Company Limited and T.P. Calkin Limited be paid to the Royal Bank of Canada.

hypothèque mobilière enregistrée antérieurement et on pouvait soutenir qu'il n'y avait pas concurrence entre des créanciers «de rang égal».

A mon avis, l'arrêt *Hughes* ne fait que répéter la proposition que, indépendamment de toute loi écrite, Sa Majesté a priorité sur les créanciers titulaires d'un jugement parce qu'ils sont des créanciers de rang égal.

Avec égards, je ne peux être d'accord avec le passage suivant des motifs du savant Juge en chef après sa référence à l'affaire *Downe*:

[TRADUCTION] Les créanciers en l'espèce sont dans ce sens tous de la même catégorie ou du même rang à l'égard des sommes déposées en cour. Ils ne sont pas de rang «inégal» simplement parce que leur ordre de priorité est différent. Quoi qu'il en soit, ils ne cessent pas d'être de «rang égal» simplement à cause de l'ordre de priorité établi par la *Registry Act*. Une loi provinciale ne peut ainsi écarter indirectement un droit de la prérogative de Sa Majesté du chef du Canada.

A mon avis, ce passage ne tient pas compte de la situation en *common law*, soit que les deuxième hypothèques en cause, constituant un droit partiel au titre de propriété, ont acquis préséance sur des jugements en faveur de Sa Majesté obtenus et enregistrés subséquentement contre le bien-fonds du débiteur hypothécaire, titulaire du droit de rachat. Comme je suis d'avis que les sommes détenues par le shérif puis par le Comptable général de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse étaient soumises au même ordre de priorité qui existait en *common law* avant la vente, je conclus que la réclamation du créancier hypothécaire est de rang plus élevé et non de rang égal à celle de Sa Majesté; en l'espèce, aucun droit de la prérogative de Sa Majesté du chef du Canada n'a été écarté par la *Registry Act* ou autrement.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Division d'appel, de rétablir le jugement rendu par le juge Hart et de substituer à celui du juge Grant une ordonnance que le solde qui reste après le paiement des sommes dues à MacCulloch & Company Limited et T.P. Calkin Limited soit versé à la Banque Royale du Canada.

The appellants are entitled to their costs throughout.

Appeals allowed, judgments accordingly, with costs.

Solicitors for Household Realty Corporation Limited, appellant: McInnes, Cooper & Robertson, Halifax.

Solicitors for the Royal Bank of Canada, appellant: Stewart, MacKeen & Covert, Halifax.

Solicitor for the Attorney General of Canada, respondent: M. Gerard Tompkins, Halifax.

Les appelantes ont droit à leurs dépens dans toutes les cours.

Pourvois accueillis, jugements en conséquence, avec dépens.

Procureurs de l'appelante, Household Realty Corporation Limited: McInnes, Cooper & Robertson, Halifax.

Procureurs de l'appelante, la Banque Royale du Canada: Stewart, MacKeen & Covert, Halifax.

Procureur de l'intimé, le procureur général du Canada: M. Gerard Tompkins, Halifax.

Adeline Lai, suing on her own behalf and on behalf of Jimmy Lai, the other parent of Linda Li-Ken Lai, Deceased, pursuant to the Families' Compensation Act Appellants;

and

Surgit Kor Gill, Davinder Singh and Ivor Milburn Respondents.

1980: March 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Damages — Intersection accident — Child killed as result of collision between two vehicles — Award of damages at trial reduced by Court of Appeal — Reduction not warranted in law.

Andrews et al. v. Grand & Toy Alberta Ltd. et al., [1968] 2 S.C.R. 229, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia, which judgment reduced to \$12,500 the award of damages made by the trial judge in the amount of \$25,000 in favour of the appellant under the provisions of the *Families' Compensation Act*, R.S.B.C. 1960, c. 138, in respect of the death of her child, Linda Li-Ken Lai. Appeal allowed.

John Parker, for the appellants.

R. B. Harvey and *K. Gill*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered orally by

MARTLAND J.—We are all of the opinion that this appeal should be allowed. The reasons given by the Court of Appeal for reducing the amount of damages awarded at trial do not, in law, warrant such reduction. This Court in *Andrews et al. v. Grand & Toy Alberta Ltd. et al.*¹, at p. 235, stated that an appellate court is not justified in substituting a figure of its own for that awarded at trial unless it is satisfied that a wrong principle of law was applied or that the overall award is a wholly

¹ [1978] 2 S.C.R. 229.

Adeline Lai, poursuivant en son propre nom et au nom de Jimmy Lai, le père de feu Linda Li-Ken Lai, en vertu de la Families' Compensation Act Appellants;

et

Surgit Kor Gill, Davinder Singh et Ivor Milburn Intimés.

1980: 18 mars.

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

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

Dommages-intérêts — Accident à une intersection — Enfant tué suite à une collision entre deux automobiles — Dommages-intérêts accordés en première instance réduits par la Cour d'appel — Réduction non justifiée en droit.

Jurisprudence: Andrews et autres c. Grand & Toy Alberta Ltd. et un autre, [1968] 2 R.C.S. 229.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, lequel jugement a réduit à \$12,500 les dommages-intérêts d'un montant de \$25,000 accordés par le juge de première instance à l'appelante en vertu des dispositions de la *Families' Compensation Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 38, relativement au décès de son enfant, Linda Li-Ken Lai. Pourvoi accueilli.

John Parker, pour les appelants.

R. B. Harvey et *K. Gill*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE MARTLAND—Nous sommes tous d'avis d'accueillir l'appel. Les motifs donnés par la Cour d'appel pour réduire le montant des dommages-intérêts accordés au procès ne justifient pas, en droit, cette réduction. Dans *Andrews et autres c. Grand & Toy Alberta Ltd. et un autre*¹, à la p. 235, cette Cour a déclaré qu'une cour d'appel n'est pas fondée à modifier le montant des dommages-intérêts accordés en première instance à moins qu'elle ne soit convaincue qu'une erreur de prin-

¹ [1978] 2 R.C.S. 229.

erroneous estimate of damages. The Court of Appeal has found that the trial judge was clearly aware of the principles to be applied. It did not find the award at trial to be wholly erroneous, but merely expressed the view that it was "on the high side". It substituted its own estimate for that of the trial judge. In so doing, it erred.

The appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and the judgment at trial is restored. The appellants are entitled to costs in this Court and in the Courts below.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Parker & Wylie, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Thompson & McConnell, Vancouver.

cipe a été commise ou que la somme accordée est le résultat d'une erreur sérieuse dans l'évaluation du préjudice. La Cour d'appel a conclu que le juge de première instance connaissait parfaitement les principes applicables. Elle n'a pas conclu que l'indemnité accordée au procès était le résultat d'une erreur sérieuse, elle a simplement exprimé l'opinion qu'elle était «élevée». Elle a substitué son évaluation à celle du juge de première instance. Ce faisant, elle a commis une erreur.

L'appel est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et le jugement de première instance est rétabli. Les appelants ont droit aux dépens en cette Cour et dans les cours d'instance inférieure.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants: Parker & Wylie, Vancouver.

Procureurs des intimés: Thompson & McConnell, Vancouver.

Published by/Publié par

BERNARD C. HOFLEY, Q.C./c.r.

The Registrar, Supreme Court of
Canada

Registraire de la Cour suprême du
Canada

MILLS SHIPLEY, B.A., LL.B., B.L.S.
Deputy Registrar/Registraire adjoint

Editors/Arrêtistes

JOHN J. YOUNG, B.L.

RÉJEAN PATRY, B.A., LL.L., LL.M.

Chief Revisor/Réviseur en chef

NORMAND BÉLAIR, B.A., LL.L.

Editorial Assistants/Adjoints à l'édition

MADO MAINVILLE-CÔTÉ
MARIELLE BEAULIEU

Changes of address for subscriptions to the
Supreme Court Reports should be referred to
Publishing Centre, Printing and Publishing,
Supply and Services Canada, Hull, Quebec,
Canada, K1A 0S9, together with the old
address.

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour
suprême du Canada doivent adresser tout
changement d'adresse au Centre d'édition,
Imprimerie et Édition, Approvisionnements et
Services Canada, Hull, Québec, Canada,
K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

Queen's Printer for Canada, Ottawa 1980.

Imprimeur de la Reine, pour le Canada,
Ottawa 1980.

CONTENTS

Canadian Pacific Ltd. et al. v. Canadian Transport Commission et al. 319

Railways – Rates – Rates on flour moving –
Demurrage charges included in the term rates
in s. 272(2)(b) of the Railway Act – Railway
Act, R.S.C. 1970, c. R-2, ss. 2, 271, 272, 274
– National Transportation Act, R.S.C. 1970,
c. N-17, ss. 45, 64(2).

Compo Company Ltd. v. Blue Crest Music Inc. et al. 357

Copyright – Liability of person pressing
records from master disc prepared by a third
party – Meaning of “make a record” –
Infringement of copyright of owner – Copy-
right Act, R.S.C. 1970, c. C-30, as amended,
ss. 3, 4, 10, 12, 17, 19.

Douglas Aircraft Co. of Canada Ltd. v. McConnell et al. 245

Labour relations – Strike – “Sick-in” a strike
– Grievance arbitration – Judicial review –
Plant Chairman relieved of all production
duties – Whether “employee”.

Household Realty Corporation Ltd. et al. v. Attorney General of Canada 423

Mortgages – Priorities – Sale of land – Priority
of Crown judgments – Priority of Crown
claims with claims “of equal degree” – The
Registry Act, R.S.N.S. 1967, c. 265, ss. 17,
18.

Jack et al. v. The Queen 294

Indians – Fishing for salmon during prohib-
ited period – Food fishing – Claimed fishing
rights not established – Fishing rights, even if
established, would be subordinated to conser-
vation of fisheries – Fisheries Act, R.S.C.
1970, c. F-14, s. 19 – British North America
Act, 1867, ss. 91(12), 146 – Terms of Union
of British Columbia and Canada, 1871, art.
13 – Status of appellants to invoke art. 13.

Lai v. Gill et al. 431

Damages – Intersection accident – Child
killed as result of collision between two vehi-
cles – Award of damages at trial reduced by
Court of Appeal – Reduction not warranted
in law.

Mandel v. The Queen 318

Taxation – Income tax – Capital cost allow-
ance – Film bought for audited cost of pro-
duction – Cost payment on the purchase price
– Balance payable out of earnings – Real or

Continued on inside back cover.

SOMMAIRE

Canadien Pacifique Ltée et autres c. Commission canadienne des transports et autre 319

Chemins de fer – Tarifs – Tarifs pour le
transport de la farine – Frais de surestimer
inclus dans la définition des tarifs à l'al.
272(2)(b) de la Loi sur les chemins de fer –
Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, chap.
R-2, art. 2, 271, 272, 274 – Loi nationale sur
les transports, S.R.C. 1970, chap. N-17, art.
45, 64(2).

Compo Company Ltd. c. Blue Crest Music Inc. et autres 357

Droit d'auteur – Responsabilité de la per-
sonne qui presse des disques en utilisant une
matrice préparée par un tiers – Signification
de «confectionner une empreinte» – Violation
du droit d'auteur du titulaire – Loi sur le
droit d'auteur, S.R.C. 1970, chap. C-30, et
ses modifications, art. 3, 4, 10, 12, 17, 19.

Douglas Aircraft Co. of Canada Ltd. c. McConnell et autres 245

Relations de travail – Grève – «Sick-in» équi-
valant à une grève – Arbitrage de griefs –
Contrôle judiciaire – Le Président du comité
d'entreprise libéré de ses fonctions de produc-
tion – S'agit-il d'un «employé»?

Household Realty Corporation Ltd. et autre c. Procureur général du Canada ... 423

Hypothèques – Priorités – Vente de bien-
fonds – Priorité d'un jugement rendu en
faveur de Sa Majesté – Priorité de réclama-
tions de Sa Majesté sur des réclamations «de
rang égal» – The Registry Act, R.S.N.S.
1967, chap. 265, art. 17, 18.

Jack et autres c. La Reine 294

Indiens – Pêche au saumon pendant une
période prohibée – Ils pêchaient pour se nour-
rir – Les droits de pêche revendiqués n'étaient
pas reconnus – Même si les droits de pêche
étaient reconnus ils auraient été assujettis à
l'objectif de protection de la faune marine –
Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, chap.
F-14, art. 19 – Acte de l'Amérique du Nord
britannique, 1867, art. 91(12), 146 – Condi-
tions de l'Union de la Colombie-Britannique
et du Canada, 1871, art. 13 – Qualité des
appellants pour invoquer l'art. 13.

Lai c. Gill et autres 431

Dommages-intérêts – Accident à une inter-
section – Enfant tué suite à une collision entre
deux automobiles – Dommages-intérêts
accordés en première instance réduits par la
Cour d'appel – Réduction non justifiée en
droit.

Mandel c. La Reine 318

Droit fiscal – Impôt sur le revenu – Alloca-
tion du coût en capital – Achat d'un film au
coût de production vérifié – Acompte versé
sur le prix d'achat – Solde payable sur les

Suite à la page 3 de la couverture

CONTENTS (Continued)

contingent liability – Assessment limiting the capital cost for the purchasers to the cash payment – Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, as amended prior to 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 11(1)(a) – Income Tax Regulations, 1100(1)(a).

McFall v. The Queen 321

Criminal law – Three persons convicted on charge of murder – Joint trial – Errors by trial judge with respect to use of extrajudicial statements of accused – Overwhelming evidence implicating appellant – Application of provisions of Criminal Code, s. 613(1)(b)(iii).

McKinney v. The Queen 401

Indians – Hunting rights – Treaty Indian hunting on privately owned, non-posted property – No right of access – The Wildlife Act, R.S.M. 1970, c. W140 – British North America Act, 1930 – Natural Resources Agreement, para. 13.

Minister of National Revenue v. Shofar Investment Corporation 350

Taxation – Income tax – Sale of land – Vendor not dealing at arm's length – Computation of profit – Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 12(3).

Mymryk v. The Queen 348

Appeal – Practice – Leave to appeal denied – Motion for a rehearing of the application for leave – Rules of the Supreme Court of Canada, Rule 61.

Perry v. Public Service Commission Appeal Board 316

Judicial review – Public Service – Public Service Commission Appeal Board – Appeal to the Board against a proposed appointment – Appeal allowed without affording the person involved the opportunity to be heard – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28 – Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 21.

R. v. Ali 221

Criminal law – Motor vehicles – Breathalyzer – Amendment to Code – Breath samples – Whether provision for "samples" rather than "sample" retroactive – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 235, 236, 237 – Criminal Law Amendment Act, 1975, 1974-75-76 (Can.), c. 93.

Statutes – Amendment – Motor vehicles – Breathalyzer – Breath samples – Whether provision for "samples" rather than "sample" retroactive – Criminal Code, R.S.C. 1970, c.

Continued on back cover.

SOMMAIRE (Suite)

bénéfices – Passif éventuel ou réel – Cotisation limitant le coût en capital pour les acquéreurs à l'acompte versé – Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, version modifiée antérieure à 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 11(1)a) – Règlements de l'impôt sur le revenu, 1100(1)a).

McFall c. La Reine 321

Droit criminel – Trois personnes déclarées coupables d'un meurtre – Procès conjoint – Erreurs commises par le juge du procès relativement à l'utilisation de déclarations extrajudiciaires de l'accusé – Preuve écrasante de la participation de l'appellant – Application des dispositions du sous-al. 613(1)b)(iii) du Code criminel.

McKinney c. La Reine 401

Indiens – Droits de chasse – Chasse sur une propriété privée par un Indien assujéti à un traité – Propriété non munie d'écrêteaux – Aucun droit d'accès – The Wildlife Act, R.S.M. 1970, chap. W140 – Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930 – Natural Resources Agreement, par. 13.

Ministre du Revenu national c. Shofar Investment Corporation 350

Droit fiscal – Impôt sur le revenu – Vente de terrain – Vendeur ne traitant pas à distance – Calcul du profit – Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 12(3).

Mymryk c. La Reine 348

Appel – Pratique – Autorisation de pourvoi refusée – Requête pour une nouvelle audition de la demande d'autorisation – Règles de la Cour suprême du Canada, Règle 61.

Perry c. Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique 316

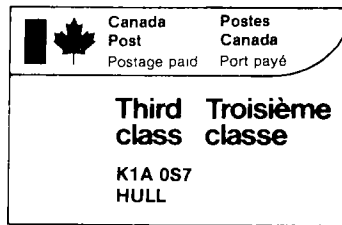
Examen judiciaire – Fonction publique – Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique – Appel interjeté devant le Comité à l'encontre d'une nomination éventuelle – Appel accueilli sans donner la possibilité à la personne en cause de se faire entendre – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 28 – Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 21.

R. c. Ali 221

Droit criminel – Véhicules à moteur – Analyseur d'haleine – Modification au Code – Échantillons d'haleine – La disposition exigeant «des échantillons» plutôt qu'«un échantillon» est-elle rétroactive? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 235, 236, 237 – Loi de 1975 modifiant le Code criminel, 1974-75-76 (Can.), chap. 93.

Lois – Modification – Véhicules à moteur – Analyseur d'haleine – Échantillons d'haleine – La disposition exigeant «des échantillons» plutôt qu'«un échantillon» est-elle rétroactive?

Suite à la page 4 de la couverture.



If undelivered, return COVER ONLY to Canadian Government Printing Office, Supply and Services Canada, 45 Sacré-Coeur Boulevard, Hull, Québec, Canada, K1A 0S7

En cas de non-livraison, retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à Imprimerie du gouvernement canadien, Approvisionnement et Services Canada, 45, boulevard Sacré-Coeur, Hull, Québec, Canada, K1A 0S7

CONTENTS (Concluded)

C-34, ss. 235, 236, 237 – Criminal Law Amendment Act, 1975, 1974-75-76 (Can.), c. 93.

R. v. Gerencer 403

Expropriation – Compensation – Residential property – Property including other buildings and benefits – Purposes of residence – Special value to owner – “Home for a home” provision – Amenities to be included in “residence” – Expropriation Act, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 16, as amended, ss. 23, 24.

R. v. Jean et al. 400

Evidence – Wiretapping – Conversation between husband and wife intercepted by police – Private communications between persons not specifically named in order authorizing interception – Inadmissibility – Criminal Code, s. 178.16(5).

Conspiracy – Possession of stolen property – Absence of guilty knowledge on part of co-accused – Charge of conspiracy to possess stolen property – Acquittal.

R v. Riddle 380

Criminal law – Common assault charge – Non-appearance of informant – Refusal of Crown’s request for adjournment – Charge dismissed – New information sworn in identical terms to first information – Plea of autrefois acquit – Whether plea available in respect of summary conviction offence – Order of dismissal does not supplant right to raise plea – No requirement for trial “on the merits” – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 734, 743(1), (2).

Stavroff v. The Queen..... 411

Criminal law – Jury trial – Possession of weapons – “Dangerous to the public peace” – Judge’s charge to jury – Further charge in response to question – Judge’s reference to factual situations from decided cases – Whether charge proper.

SOMMAIRE (Fin)

– Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 235, 236, 237 – Loi de 1975 modifiant le Code criminel, 1974-75-76 (Can.), chap. 93.

R. c. Gerencer..... 403

Expropriation – Indemnité – Propriété résidentielle – Propriété comprenant d’autres bâtiments et des avantages – Fins de résidence – Valeur spéciale pour le propriétaire – Disposition « maison pour maison » – Commodités à être comprises dans le terme « résidence » – Loi sur l’expropriation, S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), chap. 16, et mod., art. 23, 24.

R. c. Jean et autre 400

Preuve – Ecoute électronique – Conversation entre conjoints interceptée par la police – Communications privées entre personnes qui n’étaient pas spécifiquement désignées dans l’ordonnance autorisant l’interception – Inadmissibilité – Code criminel, art. 178.16(5).

Complot – Possession de biens volés – Absence de connaissance coupable de la part des coaccusés – Accusation de complot en vue de posséder des biens volés – Acquittement.

R c. Riddle 380

Droit criminel – Accusation de voies de fait simples – Non-comparution du dénonciateur – Refus d’accorder au ministère public une demande d’ajournement – Accusation rejetée – Nouvelle dénonciation sous serment en termes identiques à la première – Moyen de défense d’autrefois acquit – Ce moyen de défense est-il opposable à une accusation d’infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité? – Une ordonnance de rejet n’a pas préséance sur le droit d’invoquer le moyen de défense – Il n’est pas nécessaire qu’il y ait eu un procès « sur le fond » – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 734, 743(1), (2).

Stavroff c. La Reine..... 411

Droit criminel – Procès devant jury – Possession d’armes – « Dangereux pour la paix publique » – Directives du juge au jury – Directives supplémentaires en réponse à une question – Référence par le juge à des situations de fait tirées d’arrêts antérieurs – Les directives étaient-elles appropriées?



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 1980 Vol. 1

3^e cahier, 1980 Vol. 1

Cited as [1980] 1 S.C.R. 433-637

Renvoi [1980] 1 R.C.S. 433-637

Canadian Pioneer Management Ltd., Pioneer Life Assurance Company and Pioneer Trust Company *Appellants*;

and

Labour Relations Board of Saskatchewan and the Saskatchewan Joint Board Retail, Wholesale and Department Store Union *Respondents*;

and

The Attorney General of Canada, The Attorney General of Ontario, The Attorney General of Quebec, The Attorney General of Nova Scotia, The Attorney General of New Brunswick, The Attorney General of Saskatchewan, The Attorney General of Alberta, The Attorney General of Newfoundland *Intervenors*.

1979: June 20; 1979: December 21.

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

Constitutional law — Labour management relations — Federally incorporated life insurance company — Federally incorporated trust company — Jurisdiction of Labour Relations Board of Saskatchewan to certify bargaining unit and hear charges of unfair labour practices — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 2, and s. 108 as enacted by 1972 (Can.), c. 18 — The Trade Union Act, 1972 (Sask.), c. 137.

The two points in issue in this appeal were whether, under *The Trade Union Act*, 1972 (Sask.), c. 137, the Labour Relations Board of Saskatchewan has jurisdiction to certify the respondent union to represent the employees of (1) the appellant insurance company (Pioneer Life) and (2) the appellant trust company (Pioneer Trust), and to hear charges of unfair labour practices against these two companies. Both Pioneer Life and Pioneer Trust are wholly-owned subsidiaries of the appellant management company and all three are federally incorporated companies.

The jurisdiction of the Board was challenged on the ground that the labour relations of Pioneer Life and

* Former Justice Pratte participated in the judgment but was not a party to the reasons.

Canadian Pioneer Management Ltd., Pioneer Life Assurance Company et Pioneer Trust Company *Appelantes*;

et

Le Conseil des relations du travail de la Saskatchewan et the Saskatchewan Joint Board Retail, Wholesale and Department Store Union *Intimés*;

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta, le procureur général de Terre-Neuve *Intervenants*.

1979: 20 juin; 1979: 21 décembre.

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

Droit constitutionnel — Relations du travail — Compagnie d'assurance-vie à charte fédérale — Compagnie fiduciaire à charte fédérale — Compétence du Conseil des relations du travail de la Saskatchewan pour accréditer une unité de négociation et entendre des accusations de pratiques déloyales — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 2, et art. 108 édicté par 1972 (Can.), chap. 18 — The Trade Union Act, 1972 (Sask.), chap. 137.

Les deux questions en litige sont de savoir si, en vertu de *The Trade Union Act*, 1972 (Sask.) chap. 137, le Conseil des relations du travail de la Saskatchewan a compétence pour accréditer le syndicat intimé comme représentant des employés de (1) la compagnie d'assurance appelante (Pioneer Life) et de (2) la compagnie fiduciaire appelante (Pioneer Trust), et pour entendre les accusations de pratiques déloyales portées contre ces deux compagnies. Pioneer Life et Pioneer Trust sont toutes deux des filiales en propriété exclusive de la compagnie de gestion appelante et toutes trois sont des compagnies constituées en vertu de lois fédérales.

La compétence du Conseil a été contestée sur le moyen que les relations du travail au service de Pioneer

* L'ex-juge Pratte a pris part au prononcé du jugement mais n'était pas partie aux motifs.

Pioneer Trust were regulated by the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, or otherwise came within the exclusive competence of Parliament. The Board held that it had jurisdiction and certified the respondent union to represent employees of the appellants in the City of Regina.

The appellants applied to the Court of Queen's Bench of Saskatchewan for an order of *certiorari* to quash the Board's certification order and for an order of prohibition to prevent the Board from proceeding to hear nine complaints of unfair labour practices. The Chambers judge dismissed both applications and his judgment was affirmed by a unanimous judgment of the Saskatchewan Court of Appeal. Hence the present appeal, by leave of this Court.

In this Court, all the intervenors except the Attorney General of Canada supported the judgments of the Courts below. The Attorney General of Canada took the position that the Courts below were right with respect to the jurisdiction of the Board over Pioneer Life but wrong with respect to the jurisdiction of the Board over Pioneer Trust.

After having heard counsel for the appellants, the Court did not call on counsel for the respondents or the intervenors to respond to the argument challenging provincial legislative jurisdiction in relation to the labour relations of insurance companies. All counsel were heard on the question of Pioneer Trust's subjection to provincial labour relations legislation.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Laskin C.J. and Dickson J.: The central issue in this case affecting Pioneer Trust is not whether it is in fact a bank within s. 2(g) of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1 and s. 28 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23—it clearly is not—but whether it falls within the opening words of s. 2 of the *Canada Labour Code* and within s. 108 of Part V of that Code, as enacted by 1972 (Can.), c. 18, as being “a federal work, undertaking or business” that is within the legislative authority of the Parliament of Canada or within s. 2(i) of the *Canada Labour Code* as being “a work, undertaking or business outside the exclusive legislative authority of provincial legislatures”. Although Pioneer Trust is not a “bank” under federal legislation, it was contended that it is nonetheless engaged in “banking”, within s. 91(15) of the *British North America Act*, and that this activity, although not institutionalized through incorporation as a “bank”, is as fully within exclusive

Life et de Pioneer Trust sont régies par le *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1, ou relèvent par ailleurs de la compétence exclusive du Parlement. Le Conseil a jugé qu'il était compétent et a accrédité le syndicat intimé comme représentant des employés des appelantes dans la ville de Regina.

Les appelantes se sont adressées à la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan pour obtenir une ordonnance de *certiorari* en vue de faire annuler l'ordonnance d'accréditation et pour obtenir une ordonnance de prohibition qui empêcherait le Conseil d'entendre les neuf plaintes de pratiques déloyales. Le juge en chambre a rejeté les deux demandes et son jugement a été confirmé par l'arrêt unanime de la Cour d'appel de la Saskatchewan. D'où le présent pourvoi sur autorisation de cette Cour.

Devant cette Cour, tous les intervenants, à l'exception du procureur général du Canada, ont appuyé les décisions des cours d'instance inférieure. Le procureur général du Canada était d'avis que ces cours avaient raison relativement à la compétence du Conseil sur Pioneer Life mais qu'elles avaient tort relativement à la compétence du Conseil sur Pioneer Trust.

Après avoir entendu l'avocat des appelantes, la Cour n'a pas demandé aux avocats des intimés ou des intervenants de répondre à l'argument contestant la compétence législative provinciale relativement aux relations du travail des compagnies d'assurance-vie. Tous les avocats ont été entendus sur la question de l'assujettissement de Pioneer Trust à la loi provinciale concernant les relations du travail.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Le juge en chef Laskin et le juge Dickson: La question au cœur de la présente affaire n'est pas de savoir si Pioneer Trust est de fait une banque au sens de l'al. 2g) du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1 et de l'art. 28 de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23—il est clair qu'elle ne l'est pas—mais de savoir si Pioneer Trust est visée par le préambule de l'art. 2 du *Code canadien du travail* et l'art. 108 de la Partie V du Code, édictée par 1972 (Can.), chap. 18, à titre d'«entreprise fédérale» ressortissant au pouvoir législatif du Parlement du Canada, ou si elle est visée par l'al. 2i) du *Code canadien du travail*, à titre d'«ouvrage, entreprise ou affaire ne ressortissant pas au pouvoir législatif exclusif des législatures provinciales». Même si Pioneer Trust n'est pas une «banque» au sens de la législation fédérale, on allègue qu'elle se livre néanmoins à des opérations bancaires au sens du par. 91(15) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et

federal legislative authority as an actual incorporation would be.

Even if Parliament could have brought trust companies within its regulatory authority in relation to banking, it has chosen not to do so, and this Court should respect that position. The result is to leave provincial labour-management relations legislation as the operative code to govern Pioneer Trust and its employees. It would be strange for this Court to hold, in the circumstances of this case, that, although Pioneer Trust is not a "bank" within the meaning of express federal legislation relating to such institutions and has not been brought into the federal regulatory regime governing banking, it can enter by a back door as a "federal business" when that can only be the business of banking.

Per Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey and McIntyre JJ.: It was submitted on behalf of Pioneer Trust that, while, *prima facie*, the provinces have jurisdiction to legislate with respect to labour relations, Parliament has exclusive jurisdiction over the labour relations of federal works, undertakings and businesses. It was further submitted that in order to determine whether the business of Pioneer Trust was a federal business, it was necessary to consider its normal operations without regard to exceptional or casual factors. Ninety-nine per cent of the business of Pioneer Trust was identical to that carried by a chartered bank and was therefore in the nature of a banking business although the company was not chartered as a bank under the *Bank Act*. "Banking" within the meaning of s. 91(15) of the *British North America Act, 1867*, includes not only the business carried on by chartered banks but also banking carried on by other financial institutions. The *Trust Companies Act*, R.S.C. 1970, c. T-16, went beyond mere incorporation. The day-to-day operations of Pioneer Trust were regulated pursuant to the provisions of this Act, under the power of Parliament to make laws in relation to banking. It was because of such regulation and because of the banking nature of its operation that Pioneer Trust ought to be considered as a federal business for the purposes of the *Canada Labour Code*. Provincially incorporated trusts doing the same type of business were not federally regulated as was Pioneer Trust and the provinces could continue to incorporate and regulate them as long as federal law permitted. But Pioneer Trust, being in the business of banking and being subject to federal regulation, was a federal business within the meaning of s. 2(i) of the *Canada*

que ces activités, même si elles ne sont pas institutionnalisées par la constitution de la compagnie en «banque», relèvent tout autant du pouvoir législatif exclusif du fédéral que si on avait effectivement procédé à pareille constitution.

Même si le Parlement aurait pu faire tomber les compagnies fiduciaires dans le cadre de sa compétence sur les banques, il a choisi de ne pas le faire et cette Cour doit respecter cette prise de position. Il s'ensuit que la législation provinciale en matière de relations du travail est applicable à Pioneer Trust et à ses employés. Il serait étrange, vu les circonstances de la présente affaire, que cette Cour conclue que Pioneer Trust, même si elle n'est pas une «banque» au sens de la législation fédérale visant expressément ces institutions et n'a pas été assujettie à la compétence fédérale sur les banques, peut y entrer par la petite porte en prétendant être «une entreprise fédérale» alors que pour cela il lui faudrait être une banque.

Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey et McIntyre: On a allégué au nom de Pioneer Trust que, bien que les provinces aient, *prima facie*, compétence pour légiférer dans le domaine des relations du travail, le Parlement a compétence exclusive sur les relations du travail dans le cadre d'ouvrages, entreprises ou affaires de compétence fédérale. On a également prétendu que, pour déterminer si le commerce de Pioneer Trust est une entreprise fédérale, il est nécessaire de considérer ses activités normales sans tenir compte des facteurs exceptionnels ou occasionnels. Quatre-vingt-dix-neuf pour cent des opérations de Pioneer Trust sont identiques à celles d'une banque à charte et sont donc de la nature d'opérations bancaires bien que la compagnie ne soit pas constituée en banque par charte délivrée en vertu de la *Loi sur les banques*. L'expression «les banques» au sens du par. 91.15 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, comprend non seulement les opérations effectuées par les banques à charte mais également les opérations bancaires des autres institutions financières. La *Loi sur les compagnies fiduciaires*, S.R.C. 1970, chap. T-16, va plus loin que la simple constitution de ces compagnies. Les activités quotidiennes de Pioneer Trust sont régies par les dispositions de cette loi, conformément au pouvoir du Parlement de faire des lois sur les banques. C'est en raison de cette réglementation et en raison de la nature bancaire de ses opérations que Pioneer Trust doit être considérée comme une entreprise fédérale aux fins du *Code canadien du travail*. Les compagnies fiduciaires à charte provinciale qui exploitent le même type d'entreprise ne sont pas régies par le fédéral comme l'est Pioneer Trust et les provinces peuvent continuer de les constituer et de les régir tant que le

Labour Code.

Counsel for the Attorney General of Canada agreed with counsel for Pioneer Trust that, although Pioneer Trust is not a bank, banking is its business. The test was not what Pioneer Trust could do under its corporate powers, but what it actually did. At this point however the two counsel parted company. Counsel for the Attorney General of Canada dismissed any suggestion that there was room for shared or concurrent jurisdiction in the field of banking. Banking came under exclusive federal authority. Once it was held, as it should be, that Pioneer Trust was a banking undertaking, the regulation of its labour relations came under the exclusive authority of Parliament, whether or not the *Canada Labour Code* applied to it. It was contended that Pioneer Trust was a federal work, undertaking or business within the meaning of s. 2(i) of the *Canada Labour Code*, but even if it was not, the *Trade Union Act* was inapplicable and the Board was without jurisdiction. The entire scope of Parliament's jurisdiction over banking and the incorporation of banks was not encompassed in the *Bank Act*. The fact that the banking undertaking of Pioneer Trust was not regulated by federal legislation under all its aspects did not render provincial legislation applicable to this exclusively federal undertaking.

Should the submissions made on behalf of Pioneer Trust be accepted, a trust company with the same type of business as Pioneer Trust would be subject either to provincial or federal legislation with respect to its labour relations, depending on whether it is provincially incorporated or incorporated under the *Trust Companies Act*. This goes against settled authority according to which the origin of incorporation has no bearing on jurisdiction over labour relations. Furthermore, trust companies incorporated pursuant to the *Trust Companies Act*, and, for that matter, provincially incorporated trust companies, would come under either federal or provincial jurisdiction with respect to their labour relations, depending on how little they elect to do fiduciary work and how much they render other types of services resembling those rendered by Pioneer Trust.

The contentions advanced on behalf of the Attorney General for Canada are even more far-reaching: if acceded to and pushed to their logical consequences, they might mean that provincially incorporated trust

permet la loi fédérale. Mais vu qu'elle effectue des opérations bancaires et qu'elle est assujettie à la réglementation fédérale, Pioneer Trust est une entreprise fédérale au sens de l'al. 2i) du *Code canadien du travail*.

L'avocat du procureur général du Canada reconnaît avec l'avocat de Pioneer Trust que, bien que Pioneer Trust ne soit pas une banque, elle effectue des opérations bancaires. Le critère n'est pas de savoir ce que Pioneer Trust peut faire aux termes de ses pouvoirs juridiques mais ce qu'elle fait réellement. Toutefois, à cette étape, les deux avocats ne sont plus d'accord. L'avocat du procureur général du Canada a écarté toute prétention qu'une compétence partagée ou commune était possible dans le domaine des opérations bancaires. Les opérations bancaires relèvent exclusivement du pouvoir fédéral. Dès que l'on a conclu, comme il se doit, que Pioneer Trust est une entreprise bancaire, les relations du travail y sont régies exclusivement par le Parlement, que le *Code canadien du travail* lui soit applicable ou non. On prétend que Pioneer Trust est une entreprise, affaire ou ouvrage de compétence fédérale au sens de l'al. 2i) du *Code canadien du travail*, mais même si ce n'est pas le cas, *The Trade Union Act* ne s'applique pas et le Conseil n'est pas compétent. La *Loi sur les banques* ne recouvre pas tout le champ de la compétence du Parlement sur les banques et leur constitution. Le fait que l'entreprise bancaire de Pioneer Trust n'est pas entièrement régie par la législation fédérale ne rend pas les lois provinciales applicables à cette entreprise exclusivement fédérale.

Si l'on acceptait les prétentions présentées au nom de Pioneer Trust, une compagnie fiduciaire qui exploite le même genre d'entreprise que Pioneer Trust serait assujettie, en ce qui concerne les relations du travail, soit aux lois provinciales soit aux lois fédérales, selon qu'elle est constituée en vertu d'une loi provinciale ou en vertu de la *Loi sur les compagnies fiduciaires*. Cela est contraire à la jurisprudence établie selon laquelle l'origine de la constitution d'une entreprise n'a aucun rapport avec la compétence sur les relations du travail. De plus, les compagnies fiduciaires constituées en vertu de la *Loi sur les compagnies fiduciaires* et, à cette fin, les compagnies fiduciaires constituées en vertu des lois provinciales seraient assujetties soit à la compétence fédérale soit à la compétence provinciale relativement aux relations du travail selon qu'elles choisissent d'effectuer peu d'opérations fiduciaires et offrent beaucoup d'autres genres de services semblables à ceux offerts par Pioneer Trust.

Les prétentions exposées au nom du procureur général du Canada vont encore plus loin: si elles étaient acceptées et si l'on poussait jusqu'au bout leurs conséquences logiques, elles pourraient signifier que les compagnies

companies and perhaps even credit unions and "Caisses populaires" with the same type of business as Pioneer Trust were unlawfully incorporated and have been operating invalidly.

The issue turned on the elusive concept of banking.

CONCLUSION

The relationship of Pioneer Trust with its customers is of a fiduciary nature and several of its operations appertain to the business of a trust company. A great many of its other operations are not characteristic of the banking business although they are also carried on by chartered banks. The one operation carried on by Pioneer Trust which may be characteristic of the banking business, the chequing account service, is not exclusive to the business of banking. Finally, Parliament, which is the competent constitutional authority in matters of banks and banking, considers that Pioneer Trust is not a bank and that its business is not the banking business. Hence, Pioneer Trust is not in the business of banking.

Foley v. Hill, [1848] 2 H.L.C. 28; *Joachimson v. Swiss Bank Corporation*, [1921] 3 K.B. 110; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Quebec*, [1946] A.C. 33; *Provincial Treasurer for Manitoba v. Minister of Finance for Canada*, [1943] S.C.R. 370; *Colonial Building and Investment Association v. Attorney-General of Quebec* (1883), 9 App. Cas. 157; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Breckenridge Speedway Ltd. v. The Queen*, [1970] S.C.R. 175; *In re Bergethaler Waisenamt (No. 2)*, [1949] 1 W.W.R. 323; *United Dominions Trust v. Kirkwood*, [1966] 1 All E.R. 968; *In re The District Savings Bank Ltd.* (1861), 45 E.R. 907; *Re The Bottomgate Industrial Co-operative Society* (1891), 65 L.T. 712; *Bank of Chettinad Ltd., of Colombo v. Commissioner of Income Tax, Colombo*, [1948] A.C. 378; *Re Dominion Trust Co.*, [1918] 3 W.W.R. 1023; *La Caisse Populaire Notre-Dame Ltée v. Moyen* (1967), 61 D.L.R. (2d) 118; *In re Shields' Estate*, [1901] 1 Ir. R. 172; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Bank of New South Wales v. The Commonwealth* (1948), 76 C.L.R. 1; *Commonwealth of Australia v. Bank of New South Wales*, [1950] A.C. 235; *Tenant v. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31; *Reference as to whether "Indians" in s. 91(24) of the B.N.A. Act includes Eskimo inhabitants of the Province of Quebec*, [1939] S.C.R. 104, referred to.

fiduciaires constituées en vertu des lois provinciales, et peut-être même les caisses de crédit et les "Caisses populaires" qui exploitent le même genre d'entreprises que Pioneer Trust, ont été constituées illégalement et exercent leurs activités dans l'invalidité.

La question porte sur le concept abstrait de ce qui constitue les opérations bancaires.

CONCLUSION

La relation entre Pioneer Trust et ses clients est de nature fiduciaire et plusieurs de ses opérations relèvent de l'entreprise d'une compagnie fiduciaire. Un grand nombre de ses autres opérations ne sont pas caractéristiques de l'entreprise bancaire bien qu'elles soient également effectuées par des banques à charte. La seule opération effectuée par Pioneer Trust qui peut être caractéristique de l'entreprise bancaire, le service de compte de chèques, n'est pas exclusive à l'entreprise bancaire. Et finalement, le Parlement qui est l'autorité constitutionnelle compétente en matière de banques et d'opérations bancaires, considère que Pioneer Trust n'est pas une banque et que son entreprise n'est pas une entreprise bancaire. Donc Pioneer Trust n'est pas une entreprise bancaire.

Jurisprudence: *Foley v. Hill*, [1848] 2 H.L.C. 28; *Joachimson v. Swiss Bank Corporation*, [1921] 3 K.B. 110; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Quebec*, [1946] A.C. 33; *Le trésorier de la province du Manitoba c. Le ministre des Finances du Canada*, [1943] R.C.S. 370; *Colonial Building and Investment Association v. Attorney-General of Québec* (1883), 9 App. Cas. 157; *Renvoi relatif aux lois de l'Alberta*, [1938] R.C.S. 100; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Breckenridge Speedway Ltd. c. La Reine*, [1970] R.C.S. 175; *In re Bergethaler Waisenamt (N° 2)*, [1949] 1 W.W.R. 323; *United Dominions Trust v. Kirkwood*, [1966] 1 All E.R. 968; *In re The District Savings Bank Ltd.* (1861), 45 E.R. 907; *Re The Bottomgate Industrial Co-operative Society* (1891), 65 L.T. 712; *Bank of Chettinad Ltd., of Colombo v. Commissioner of Income Tax, Colombo*, [1948] A.C. 378; *Re Dominion Trust Co.*, [1918] 3 W.W.R. 1023; *La Caisse Populaire Notre-Dame Ltée v. Moyen* (1967), 61 D.L.R. (2d) 118; *In re Shields' Estate*, [1901] 1 Ir. R. 172; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Bank of New South Wales v. The Commonwealth* (1948), 76 C.L.R. 1; *Commonwealth of Australia v. Bank of New South Wales*, [1950] A.C. 235; *Tenant v. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31; *Renvoi sur la question de savoir si le mot «Indiens» au par. 91.24 de l'A.A.N.B. comprend les Esquimaux de la province de Québec*, [1939] R.C.S. 104.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan¹, affirming a judgment of Halvorson J. who dismissed appellants' applications for orders in the nature of *certiorari* and prohibition. Appeal dismissed.

B. A. Crane, Q.C., R. P. Rendek and D. A. Canham, for the appellants.

D. G. McLeod, Q.C., for respondent, Labour Relations Board of Saskatchewan.

T. B. Smith, Q.C., and *J. Mabbutt*, for the Attorney General of Canada.

D. A. McKillop, for the Attorney General of Saskatchewan.

J. Cavarzan, for the Attorney General of Ontario.

H. Brun and O. Laverdière, for the Attorney General of Quebec.

J. W. Kavanagh, Q.C., and *G. D. Gillis*, for the Attorney General of Nova Scotia.

A. D. Reid, for the Attorney General of New Brunswick.

W. Henkel, Q.C., and *H. Kushner*, for the Attorney General of Alberta.

J. A. Nesbitt, Q.C., for the Attorney General of Newfoundland.

The reasons of Laskin C.J. and Dickson J. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE—I have had the advantage of seeing the reasons proposed by my brother Beetz and, like him, I have no difficulty in concluding that the employees of Pioneer Life Assurance Company and their employer are subject, in their labour-management relations, to the jurisdiction of the Labour Relations Board of Saskatchewan under *The Trade Union Act*, 1972 (Sask.), c. 137. The fact that Pioneer Life Assurance Company, originally a Saskatchewan corporation, was, so to speak, reincorporated under the *Canadian and British Insurance Companies Act*, R.S.C. 1970, c. I-15 and is subject to certain controls under that federal Act, as, for example, in respect

¹ (1978), 93 D.L.R. (3d) 472.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan¹, confirmant le jugement du juge Halvorson qui a rejeté les demandes des appelantes visant à obtenir des ordonnances de *certiorari* et de prohibition. Pourvoi rejeté.

B. A. Crane, c.r., R. P. Rendek et D. A. Canham, pour les appelantes.

D. G. McLeod, c.r., pour l'intimé, le Conseil des relations du travail de la Saskatchewan.

T. B. Smith, c.r., et *J. Mabbutt*, pour le procureur général du Canada.

D. A. McKillop, pour le procureur général de la Saskatchewan.

J. Cavarzan, pour le procureur général de l'Ontario.

H. Brun et O. Laverdière, pour le procureur général du Québec.

J. W. Kavanagh, c.r., et *G. D. Gillis*, pour le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

A. D. Reid, pour le procureur général du Nouveau-Brunswick.

W. Henkel, c.r., et *H. Kushner*, pour le procureur général de l'Alberta.

J. A. Nesbitt, c.r., pour le procureur général de Terre-Neuve.

Version française des motifs du juge en chef Laskin et du juge Dickson rendus par

LE JUGE EN CHEF—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Beetz et, comme lui, je n'ai aucune difficulté à conclure que les employés de Pioneer Life Assurance Company et leur employeur sont assujettis, dans leurs relations du travail, à la compétence du Conseil des relations du travail de la Saskatchewan aux termes de *The Trade Union Act*, 1972 (Sask.), chap. 137. Le fait que Pioneer Life Assurance Company, à l'origine une compagnie constituée par la Saskatchewan, ait été reconstituée, si je peux m'exprimer ainsi, en vertu de la *Loi sur les compagnies d'assurance canadiennes et britanniques*, S.R.C. 1970, chap. I-15 et soit subordonnée à certains contrôles

¹ (1978), 93 D.L.R. (3d) 472.

of solvency and internal corporate matters, does not affect its subjection to provincial regulatory control of its business of life insurance. There is a long line of decisions which affirm provincial legislative authority in relation to the business of insurance carried on within a province, and they support the application of provincial labour-management relations legislation to Pioneer Life Assurance Company and its employees in Saskatchewan.

The position of Pioneer Trust Company and its employees with respect to the application of provincial labour-management relations legislation is not as simple. The company is incorporated under the *Trust Companies Act*, R.S.C. 1970, c. T-16, but this alone does not bring it within federal legislative authority in respect of its relations with its employees. The argument that it carries on, in the main, what are popularly regarded as banking functions does not *ipso facto* mean that it is subject only to federal legislative authority, authority extending to its relations with its employees. The Parliament of Canada has been careful not to bring federally incorporated trust companies, companies which are fiduciaries, into the banking system of the country, although endowing them with many powers which are exercised by banks.

The central issue in this case affecting Pioneer Trust Company is not whether it is in fact a bank within s. 2(g) of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1 and s. 28 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23—it clearly is not—but whether it falls within the opening words of s. 2 of the *Canada Labour Code* and within s. 108 of Part V of that Code, as enacted by 1972 (Can.), c. 18, as being “a federal work, undertaking or business” that is within the legislative authority of the Parliament of Canada or within s. 2(i) of the *Canada Labour Code* as being “a work, undertaking or business outside the exclusive legislative authority of provincial legislatures”. Functionally, the issue concerns only the scope of the term “federal business” and the only such business in which Pioneer Trust Company can claim to be engaged is the business of banking. I have already noted that the

prévus par cette loi fédérale, comme par exemple, quant à sa solvabilité et son organisation interne ne soustrait pas ses affaires d'assurance-vie à la compétence provinciale. Il existe une longue série de décisions qui reconnaissent la compétence législative des provinces dans le domaine des opérations d'assurance menées à l'intérieur d'une province. Ces décisions confirment l'application de la législation provinciale en matière de relations du travail à Pioneer Life Assurance Company et ses employés en Saskatchewan.

La situation de Pioneer Trust Company et ses employés n'est pas aussi simple en ce qui concerne l'application de la législation provinciale en matière de relations du travail. La compagnie a été constituée en vertu de la *Loi sur les compagnies fiduciaires*, S.R.C. 1970, chap. T-16; mais ce fait, à lui seul, ne saurait la faire tomber dans le champ de la compétence fédérale en ce qui concerne ses relations avec ses employés. L'argument selon lequel elle se livre principalement à ce qui est couramment considéré comme des opérations bancaires ne signifie pas, *ipso facto*, qu'elle relève uniquement du pouvoir législatif fédéral, y compris ses relations avec ses employés. Le Parlement du Canada a pris soin de ne pas inclure les compagnies fiduciaires à charte fédérale dans le système bancaire du pays, même s'il leur a attribué de nombreux pouvoirs exercés par les banques.

La question au cœur de la présente affaire n'est pas de savoir si Pioneer Trust Company est de fait une banque au sens de l'al. 2g) du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1 et de l'art. 28 de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23—il est clair qu'elle ne l'est pas—mais de savoir si Pioneer Trust Company est visée par le préambule de l'art. 2 du *Code canadien du travail* et l'art. 108 de la Partie V du Code, édictée par 1972 (Can.), chap. 18, à titre d'«entreprise fédérale» ressortissant au pouvoir législatif du Parlement du Canada, ou si elle est visée par l'al. 2i) du *Code canadien du travail* à titre d'«ouvrage, entreprise ou affaire ne ressortissant pas au pouvoir législatif exclusif des législatures provinciales». A toutes fins utiles, la question ne concerne que la portée de l'expression «entreprise fédérale» et la seule entreprise de ce genre à laquelle Pioneer

mere fact of federal incorporation does not provide a base for federal jurisdiction; but rather there must be an activity carried on by the corporation which is itself subject to federal regulatory authority. Of course, there is no accretion to provincial legislative authority by the failure or unwillingness of Parliament to legislate to the full limit of its powers under s. 91 of the *British North America Act*. The Saskatchewan Labour Relations Board and the intervening Provinces which support its claim of jurisdiction do not rely on any such accretion, but rather assert an independent authority to regulate labour-management relations of trust companies, whether provincially or federally incorporated, which carry on business in the particular Province.

Although Pioneer Trust Company is not a "bank" under federal legislation, it is contended that it is nonetheless engaged in "banking", within s. 91(15) of the *British North America Act*, and that this activity, although not institutionalized through incorporation as a "bank", is as fully within exclusive federal legislative authority as an actual incorporation would be. The contention is a cogent one in view of the range of activities in which Pioneer Trust Company is engaged.

One of the difficulties in this case stems from outworn conceptions of the business of banking reflected in a line of cases in the last century, and some in the present century which borrowed from the former, and which were grounded on English practices untouched by federalism and by the rise of new types of credit institutions which exercise powers similar to those long exercised by banks. Although a bank may be a dealer in credit, not every dealer in credit is a bank. So too, it is no longer correct to say, as was said by Lord Porter in *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Quebec*², at p. 44 that "the receipt of deposits and the repayment of the sums deposited to the depositors or their successors as defined

Trust Company peut prétendre se livrer est l'entreprise bancaire. J'ai déjà fait observer que la constitution en vertu d'une loi fédérale ne justifie pas à elle seule l'exercice de la compétence fédérale; il faut plutôt que la compagnie exerce une activité qui relève elle-même de la compétence fédérale. Bien entendu, le défaut ou le refus par le Parlement de légiférer dans tous les domaines de sa compétence prévue à l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* n'accroît pas au pouvoir législatif provincial. Le Conseil des relations du travail de la Saskatchewan et les provinces intervenantes qui soutiennent la compétence de cet organisme ne se fondent pas sur la thèse de l'accroissement; ils font plutôt valoir l'existence d'un pouvoir indépendant qui permet de régir les relations du travail au service des compagnies fiduciaires qui exercent leurs activités dans une province, peu importe qu'elles soient constituées en vertu d'une loi provinciale ou d'une loi fédérale.

Même si Pioneer Trust Company n'est pas une «banque» au sens de la législation fédérale, on allègue qu'elle se livre néanmoins à des opérations bancaires au sens du par. 91(15) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et que ces activités, même si elles ne sont pas institutionnalisées par la constitution de la compagnie en «banque», relèvent tout autant du pouvoir législatif exclusif du fédéral que si on avait effectivement procédé à pareille constitution. Cette allégation est sérieuse vu l'éventail des activités qu'exerce Pioneer Trust Company.

L'une des difficultés de la présente affaire découle de conceptions désuètes de l'entreprise bancaire que l'on trouve dans une série de décisions du siècle dernier dont se sont inspirées quelques décisions du siècle présent. Elles sont fondées sur des coutumes anglaises qui n'ont pas subi l'influence du fédéralisme. Il y a aussi l'essor de nouveaux genres d'institutions de crédit qui exercent des pouvoirs semblables à ceux que les banques exercent depuis longtemps. Même si une banque est un négociant en crédit, tout négociant en crédit n'est pas une banque. De même, il n'est plus exact de dire, comme l'a fait lord Porter dans *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Quebec*², à la p. 44, que [TRADUCTION] «la

² [1946] A.C. 33.

² [1946] A.C. 33

above is an essential part of the business of banking", if by that he means that any institution which has this relation of debtor and creditor must necessarily be regarded as engaged in "banking" within s. 91(15) of the *British North America Act*.

Even if Parliament could have brought trust companies within its regulatory authority in relation to banking, it has chosen not to do so, and I think that this Court should respect that position. The result is to leave provincial labour-management relations legislation as the operative code to govern Pioneer Trust Company and its employees. It would, I think, be strange for this Court to hold, in the circumstances of this case, that, although Pioneer Trust Company is not a "bank" within the meaning of express federal legislation relating to such institutions and has not been brought into the federal regulatory regime governing banking, it can enter by a back door as a "federal business" when that can only be the business of banking.

I would dismiss the appeals with costs. There will be no costs to or against any of the intervenors.

The judgment of Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey and McIntyre JJ. was delivered by

BEETZ J. —The two points in issue are whether, under *The Trade Union Act, 1972* (Sask.), c. 137, the Labour Relations Board of Saskatchewan, (the Board), has jurisdiction to certify the respondent union to represent the employees of (1) Pioneer Life Assurance Company (*Pioneer Life*) and (2) Pioneer Trust Company (*Pioneer Trust*), and to hear charges of unfair labour practices against *Pioneer Life* and *Pioneer Trust*.

The jurisdiction of the Board was challenged from the start on the ground that the labour relations of *Pioneer Life* and *Pioneer Trust* were

réception de dépôts et le remboursement aux déposants ou à leurs successeurs de la façon ci-dessus décrite constituent un élément essentiel de l'entreprise bancaire», s'il entend par là qu'il faut nécessairement considérer que toute institution qui entretient ce rapport débiteur-crédancier se livre à des opérations bancaires au sens du par. 91(15) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

Même si le Parlement aurait pu faire tomber les compagnies fiduciaires dans le cadre de sa compétence sur les banques, il a choisi de ne pas le faire et j'estime que cette Cour doit respecter cette prise de position. Il s'ensuit que la législation provinciale en matière de relations du travail est applicable à Pioneer Trust Company et à ses employés. A mon avis, il serait étrange, vu les circonstances de la présente affaire, que cette Cour conclue que Pioneer Trust Company, même si elle n'est pas une «banque» au sens de la législation fédérale visant expressément ces institutions et n'a pas été assujettie à la compétence fédérale sur les banques, peut y entrer par la petite porte en prétendant être «une entreprise fédérale» alors que pour cela il lui faudrait être une banque.

Je suis d'avis de rejeter les pourvois avec dépens. Il n'y aura aucune adjudication de dépens en faveur des intervenants ou contre eux.

Version française du jugement des juges Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey et McIntyre rendus par

LE JUGE BEETZ—Les deux questions en litige sont de savoir si, en vertu de *The Trade Union Act, 1972* (Sask.), chap. 137, le Conseil des relations du travail de la Saskatchewan, (le Conseil), a compétence pour accréditer le syndicat intimé comme représentant des employés de (1) Pioneer Life Assurance Company (*Pioneer Life*) et (2) Pioneer Trust Company (*Pioneer Trust*), et pour entendre les accusations de pratiques déloyales portées contre *Pioneer Life* et *Pioneer Trust*.

La compétence du Conseil a été contestée depuis le début sur le moyen que les relations du travail au service de *Pioneer Life* et de *Pioneer Trust* sont

regulated by the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, or otherwise came within the exclusive competence of Parliament. The Board held that it had jurisdiction and certified the respondent union to represent employees of the appellants in the City of Regina.

The appellants applied to the Court of Queen's Bench of Saskatchewan for an order of *certiorari* to quash the Board's certification order and for an order of prohibition to prevent the Board from proceeding to hear nine complaints of unfair labour practices. Halvorson J. dismissed both applications and his judgment was affirmed by the unanimous judgment of Culliton C.J.S., Woods and Brownridge J.J.A. of the Saskatchewan Court of Appeal. Hence the present appeal, by leave of this Court.

In this Court, all the intervenors except the Attorney General of Canada supported the judgments of the Courts below. The Attorney General of Canada took the position that the Courts below were right with respect to the jurisdiction of the Board over *Pioneer Life* but wrong with respect to the jurisdiction of the Board over *Pioneer Trust*.

I—Pioneer Life

Pioneer Life was incorporated under the laws of the Province of Saskatchewan but later registered under the *Canadian and British Insurance Companies Act*, R.S.C. 1970, c. I-15, and is thus deemed to have been incorporated thereunder. Together with *Pioneer Trust*, it is a wholly-owned subsidiary of Canadian Pioneer Management Ltd., which was incorporated pursuant to Part I of the *Canada Corporations Act*, R.S.C. 1970, c. C-32, and continued under s. 181 of the *Canada Business Corporations Act*, S.C. 1974-75-76, c. 33. Canadian Pioneer Management Ltd., provides certain management services to its two subsidiaries.

The appellants have approximately 90 employees in the City of Regina including 8 whose employment was terminated before the application

régies par le *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1 ou relèvent par ailleurs de la compétence exclusive du Parlement. Le Conseil a jugé qu'il était compétent et a accrédité le syndicat intimé comme représentant des employés des appelantes dans la ville de Regina.

Les appelantes se sont adressées à la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan pour obtenir une ordonnance de *certiorari* en vue de faire annuler l'ordonnance d'accréditation et pour obtenir une ordonnance de prohibition qui empêcherait le Conseil d'entendre les neuf plaintes de pratiques déloyales. Le juge Halvorson a rejeté les deux demandes et son jugement a été confirmé par l'arrêt unanime du juge Culliton, J.C.S., et des juges Woods et Brownridge de la Cour d'appel de la Saskatchewan. D'où le présent pourvoi sur autorisation de cette Cour.

Devant cette Cour, tous les intervenants, à l'exception du procureur général du Canada, ont appuyé les décisions des cours d'instance inférieure. Le procureur général du Canada était d'avis que ces cours avaient raison relativement à la compétence du Conseil sur *Pioneer Life* mais qu'elles avaient tort relativement à la compétence du Conseil sur *Pioneer Trust*.

I—Pioneer Life

Pioneer Life a été constituée en vertu des lois de la province de la Saskatchewan mais s'est enregistrée plus tard en vertu de la *Loi sur les compagnies d'assurance canadiennes et britanniques*, S.R.C. 1970, chap. I-15, et est donc considérée comme ayant été constituée en vertu de cette loi. Tout comme *Pioneer Trust*, elle est une filiale en propriété exclusive de Canadian Pioneer Management Ltd., laquelle a été constituée en vertu de la Partie I de la *Loi sur les corporations canadiennes*, S.R.C. 1970, chap. C-32 et maintenue en vertu de l'art. 181 de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75-76, chap. 33. Canadian Pioneer Management Ltd. assure certains services d'administration à ses deux filiales.

Les appelantes comptent environ 90 employés dans la ville de Régina, dont huit ont été licenciés avant le dépôt de la demande d'accréditation.

for certification was filed. Approximately 35 persons are employed by Canadian Pioneer Management Ltd., but some of these have responsibilities in the two subsidiary companies. The Board found that "the industrial relations of the three corporate entities are inseparable" but the whole case was argued quite apart from the possible impact of this finding on the two points in issue.

Pioneer Life carries on the business of life insurance and has offices in Alberta, Saskatchewan and Manitoba. Under the *Canadian and British Insurance Companies Act*, it is subject to federal controls with respect to licensing, statements and returns, contracts, operations, investments, reserves for unmaturing obligations under policies, distribution of profits, securities to be held in Canada, etc. Pursuant to the *Department of Insurance Act*, R.S.C. 1970, c. I-17, the Superintendent of Insurance administers the *Canadian and British Insurance Companies Act*.

It was submitted on behalf of the appellants that while each Province has jurisdiction over the business of insurance within the Province, Parliament does have jurisdiction to regulate federally incorporated insurance companies which carry on business in several provinces. Thus, it could not be said that the business of life insurance carried on in more than one province by a federally incorporated company was a matter of exclusive provincial concern and this shared jurisdiction brought the business of *Pioneer Life* within the statutory definition of a federal work, undertaking or business in s. 2(i) of the *Canada Labour Code*:

(i) a work, undertaking or business outside the exclusive legislative authority of provincial legislatures.

After having heard counsel for the appellants, the Court did not call on counsel for the respondents or the intervenors to respond on this point. Given the long list of judicial decisions starting

Environ 35 personnes travaillent pour Canadian Pioneer Management Ltd., mais certaines d'entre elles ont des responsabilités dans les deux compagnies filiales. Le Conseil a conclu que [TRADUCTION] «les relations du travail des trois entités juridiques sont inséparables» mais toute l'affaire a été plaidée sans vraiment tenir compte des répercussions possibles de cette conclusion sur les deux questions en litige.

Pioneer Life exploite une entreprise d'assurance-vie et a des bureaux en Alberta, en Saskatchewan et au Manitoba. En vertu de la *Loi sur les compagnies d'assurance canadiennes et britanniques*, elle est assujettie aux contrôles fédéraux en ce qui a trait au permis, aux états et rapports, aux contrats, aux opérations, aux placements, aux réserves pour tous les engagements non échus aux termes des polices, à la distribution des bénéfices, aux valeurs à détenir au Canada, etc. En vertu de la *Loi sur le département des assurances*, S.R.C. 1970, chap. I-17, le surintendant des assurances administre la *Loi sur les compagnies d'assurance canadiennes et britanniques*.

On a prétendu au nom des appelantes que, bien que chaque province ait compétence sur les opérations d'assurance à l'intérieur de la province, le Parlement a compétence pour régir les compagnies d'assurance à charte fédérale qui exploitent leur entreprise dans diverses provinces. Ainsi, on ne pourrait pas dire qu'une entreprise d'assurance sur la vie exploitée dans plus d'une province par une compagnie à charte fédérale relève exclusivement de la compétence provinciale; cette compétence partagée fait entrer le commerce de *Pioneer Life* dans la définition d'ouvrage, entreprise ou affaire de compétence fédérale donnée à l'al. 2i) du *Code canadien du travail*:

i) tout ouvrage, entreprise ou affaire ne ressortissant pas au pouvoir législatif exclusif des législatures provinciales.

Après avoir entendu l'avocat des appelantes, la Cour n'a pas demandé aux avocats des intimés ou des intervenants de répondre à ce point. Compte tenu de la longue jurisprudence qui commence

with *Citizens Ins. Co. of Canada v. Parsons*³ and culminating in *Canadian Indemnity Co. et al. v. Attorney-General of British Columbia*⁴, the Court could not be persuaded, despite Mr. Rendeck's able and indeed valiant argument, that the business of insurance does not come within exclusive provincial control.

II—Pioneer Trust

1. The facts

As was noted above, *Pioneer Trust* is a wholly-owned subsidiary of Canadian Pioneer Management Ltd. It was incorporated pursuant to the *Trust Companies Act*, R.S.C. 1970, c. T-16, and carries on its business and has offices in Alberta, Saskatchewan and Manitoba.

According to the statement of facts contained in appellants' factum, which has been accepted by the Attorney General for Saskatchewan and which corresponds substantially to the findings of the Board, and according also to a brochure outlining the services provided by *Pioneer Trust*, which has been produced as an exhibit and the accuracy of which does not appear to have been challenged, the business or operations of *Pioneer Trust* can be described in terms of the services which it provides to its customers. These include the following: (1) "chequing" accounts; (while cheques drawn on *Pioneer Trust* are not cheques within the meaning of s. 165(1) of the *Bills of Exchange Act*, R.S.C. 1970, c. B-5, since they are not drawn on a bank, they appear to play the same role as true cheques, they do pass through the clearing system of the banks: *Pioneer Trust* utilizes the clearing facilities of the Bank of Montreal); (2) savings accounts; (3) loans on the security of mortgages; (4) personal loans against the collateral and lending by way of over-draft; (5) loans under federal government guarantees pursuant to such statutes as the *Canada Students Loans Act*, R.S.C. 1970, c. S-17, the *Farm Improvement Loans Act*, R.S.C. 1970, c. F-3, the *Fisheries Improvement Loans Act*, R.S.C.

³ (1881), 7 App. Cas. 96.

⁴ [1977] 2 S.C.R. 504.

avec *Citizens Ins. Co. of Canada v. Parsons*³, et qui se termine par *Canadian Indemnity Co. et al. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*⁴, la plaidoirie habile et même valeureuse de M^c Rendeck, n'a pas persuadé la Cour que les opérations d'assurance ne relèvent pas du contrôle exclusif des provinces.

II—Pioneer Trust

1. Les faits

Comme je l'ai dit précédemment, *Pioneer Trust* est une filiale en propriété exclusive de Canadian Pioneer Management Ltd. Elle a été constituée en vertu de la *Loi sur les compagnies fiduciaires*, S.R.C. 1970, chap. T-16, et elle exploite son entreprise et a des bureaux en Alberta, en Saskatchewan et au Manitoba.

Selon l'exposé des faits contenu dans le mémoire des appelantes, qui a été accepté par le procureur général de la Saskatchewan et qui correspond en substance aux conclusions du Conseil et, également, selon une brochure qui énonce les services offerts par *Pioneer Trust*, qui a été produite comme pièce et dont l'exactitude ne paraît pas avoir été contestée, les opérations de *Pioneer Trust* peuvent être décrites en termes de services qu'elle offre à ses clients. Ces services comprennent: (1) le compte de «chèques»; (bien que les chèques tirés sur *Pioneer Trust* ne soient pas des chèques au sens du par. 165(1) de la *Loi sur les lettres de change*, S.R.C. 1970, chap. B-5, puisqu'ils ne sont pas tirés sur une banque, ils paraissent toutefois jouer le même rôle que les véritables chèques car ils passent effectivement par le système de compensation des banques et *Pioneer Trust* utilise le service de compensation de la Banque de Montréal); (2) le compte d'épargne; (3) le prêt assorti d'une garantie hypothécaire; (4) le crédit aux particuliers assorti d'une sûreté réelle et le prêt sous forme de découvert; (5) le prêt garanti par le gouvernement fédéral aux termes de lois telles la *Loi canadienne sur les prêts aux étudiants*, S.R.C. 1970, chap. S-17, la *Loi sur les prêts destinés aux*

³ (1881), 7 App. Cas. 96.

⁴ [1977] 2 R.C.S. 504.

1970, F-22, and the *National Housing Act*, R.S.C. 1970, N-10; (6) commercial loans with securities, other than accounts receivable and inventory, and commercial lending without security; (7) exchange services; (8) money orders; (9) travellers cheques; (10) strong boxes renting; (11) securities safe-keeping; (12) term deposits, Guaranteed Investment Certificates in amounts of \$1,000.00 or more for terms of from one to five years, Guaranteed Income Averaging Certificates and Guaranteed Deposit receipts; (13) Registered Retirement Savings Plans, Retirement Accumulation Savings Plans, Registered Home Ownership Savings Plans and Deferred Profit Sharing Plans; (14) estate administration services.

Of the services outlined above, two are not carried on by chartered banks: the issuance of Income Averaging Certificates and estate administration services. But it was contended that *Pioneer Trust* does very little fiduciary work. On the other hand, and according to the testimony of Mr. Price, vice-president and general manager of *Pioneer Trust*, the only banking function not open to *Pioneer Trust* is the provision of commercial loans on the security of accounts receivable and inventory, although *Pioneer Trust* is involved in commercial lending with other securities and on an unsecured basis. Mr. Price testified that 99 per cent of the actual business conducted by the company is identical to the business carried on by chartered banks. The brochure outlining the services offered by *Pioneer Trust* carries the slogan: "You Can Bank on Pioneer".

Just as banks, and like all federally incorporated trusts, *Pioneer Trust* is a member of the Canada Deposit Insurance Corporation, pursuant to s. 9(b) of the *Canada Deposit Insurance Corporation Act*, R.S.C. 1970, c.C-3. It is inspected by the Superintendent of Insurance. It must file with the Government of Canada annual statements, quarterly liquidity statements and semi-annual statements of changes in investments and loans. *Pioneer Trust* is subject to minimal provincial regulation: it submits an annual summary of capital and shares to the

améliorations agricoles, S.R.C. 1970, chap. F-3, la *Loi sur les prêts aidant aux opérations de pêche*, S.R.C. 1970, chap. F-22, la *Loi nationale sur l'habitation*, S.R.C. 1970, chap. N-10; (6) le prêt aux entreprises garanti autrement que par les comptes à recevoir et le stock, et le prêt sans garantie aux entreprises; (7) le service de change; (8) les mandats; (9) les chèques de voyage; (10) la location de coffrets de sûreté; (11) la garde de titres; (12) le dépôt à terme, le certificat de placement garanti de \$1,000 ou plus d'une durée d'un à cinq ans, la rente à versements invariables et le reçu de dépôt à terme garanti; (13) le régime enregistré d'épargne-retraite, le régime d'épargne-retraite, le régime enregistré d'épargne-logement et le régime de participation différée aux bénéfices; (14) l'administration de successions.

Parmi les services susmentionnés, deux ne sont pas offerts par les banques à charte: les rentes à versements invariables et l'administration de successions. Mais on a prétendu que *Pioneer Trust* fait très peu d'opérations fiduciaires. Par ailleurs, et selon le témoignage de M. Price, vice-président et directeur général de *Pioneer Trust*, la seule fonction bancaire que ne peut accomplir *Pioneer Trust* est d'offrir aux entreprises des prêts garantis par les comptes à recevoir et le stock, bien que *Pioneer Trust* offre aux entreprises des prêts garantis par d'autres titres ou non garantis. M. Price a témoigné que 99 pour 100 des opérations actuelles de la compagnie sont identiques aux opérations effectuées par les banques à charte. La brochure énonçant les services offerts par *Pioneer Trust* porte le slogan: «You Can Bank on Pioneer».

Comme les banques, et comme toutes les compagnies fiduciaires constituées en vertu d'une loi fédérale, *Pioneer Trust* est membre de la Société d'assurance-dépôts du Canada conformément à l'al. 9b) de la *Loi sur la Société d'assurance-dépôts du Canada*, S.R.C. 1970, chap. C-3. Elle est soumise aux vérifications du surintendant des assurances. Elle doit produire au gouvernement du Canada des états annuels, des états trimestriels des disponibilités et des états semestriels des changements dans les investissements et les prêts. *Pioneer*

Registrar of Companies in Regina and annual statements to the provincial jurisdictions in which it operates but is not subject to inspection by any of the provincial jurisdictions.

2. Submissions made on behalf of appellants and the Attorney General for Canada

It was submitted on behalf of *Pioneer Trust* that, while, *prima facie*, the provinces have jurisdiction to legislate with respect to labour relations, Parliament has exclusive jurisdiction over the labour relations of federal works, undertakings and businesses. It was further submitted that in order to determine whether the business of *Pioneer Trust* was a federal business, it was necessary to consider its normal operations without regard to exceptional or casual factors: *Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers and M & B Enterprises Ltd.*⁵ Ninety-nine per cent of the business of *Pioneer Trust* was identical to that carried by a chartered bank and was therefore in the nature of a banking business although the company was not chartered as a bank under the *Bank Act*, R.S.C. 1970, c. B-1. "Banking" within the meaning of s. 91.15 of the *British North America Act, 1867*, includes not only the business carried on by chartered banks but also banking carried on by other financial institutions. The *Trust Companies Act* went beyond mere incorporation. The day-to-day operations of *Pioneer Trust* were regulated pursuant to the provisions of this Act, under the power of Parliament to make laws in relation to banking. It was because of such regulation and because of the banking nature of its operation that *Pioneer Trust* ought to be considered as a federal business for the purposes of the *Canada Labour Code*. Provincially incorporated trusts doing the same type of business were not federally regulated as was *Pioneer Trust* and the provinces could continue to incorporate and regulate them as long as federal law permitted. But *Pioneer Trust*, being in the business of banking and being subject to federal regulation, was a federal business within the meaning of s. 2 of the

Trust est assujettie à peu de contrôles provinciaux: elle produit un état sommaire du capital-actions au registraire des compagnies à Regina et des états annuels à chaque province où elle exerce ses activités, mais elle n'est assujettie à aucune vérification provinciale.

2. Arguments soumis au nom des appelantes et du procureur général du Canada

On a allégué au nom de *Pioneer Trust* que, bien que les provinces aient, *prima facie*, compétence pour légiférer dans le domaine des relations du travail, le Parlement a compétence exclusive sur les relations du travail dans le cadre d'ouvrages, entreprises ou affaires de compétence fédérale. On a également prétendu que, pour déterminer si le commerce de *Pioneer Trust* est une entreprise fédérale, il est nécessaire de considérer ses activités normales sans tenir compte des facteurs exceptionnels ou occasionnels: *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada et M & B Enterprises Ltd.*⁵ Quatre-vingt-dix-neuf pour cent des opérations de *Pioneer Trust* sont identiques à celles d'une banque à charte et sont donc de la nature d'opérations bancaires bien que la compagnie ne soit pas constituée en banque par charte délivrée en vertu de la *Loi sur les banques*, S.R.C. 1970, chap. B-1. L'expression «les banques» au sens du par. 91.15 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, comprend non seulement les opérations effectuées par les banques à charte mais également les opérations bancaires des autres institutions financières. La *Loi sur les compagnies fiduciaires* va plus loin que la simple constitution de ces compagnies. Les activités quotidiennes de *Pioneer Trust* sont régies par les dispositions de cette loi, conformément au pouvoir du Parlement de faire des lois sur les banques. C'est en raison de cette réglementation et en raison de la nature bancaire de ses opérations que *Pioneer Trust* doit être considérée comme une entreprise fédérale aux fins du *Code canadien du travail*. Les compagnies fiduciaires à charte provinciale qui exploitent le même type d'entreprise ne sont pas régies par le fédéral comme l'est *Pioneer Trust* et les provinces peuvent continuer de les constituer et de les régir

⁵ [1975] 1 S.C.R. 178.

⁵ [1975] 1 R.C.S. 178.

Canada Labour Code:

2. In this Act

“federal work, undertaking or business” means any work, undertaking or business that is within the legislative authority of the Parliament of Canada, including without restricting the generality of the foregoing:

(g) a bank;

(i) a work, undertaking or business outside the exclusive legislative authority of provincial legislatures;

It was conceded that *Pioneer Trust* is not a “bank”: s. 28 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, provides:

In every enactment “bank” or “chartered bank” means a bank to which the *Bank Act* applies;

and s. 4 of the *Bank Act* provides:

4. This Act applies to each bank named in Schedule A and does not apply to any other bank.

Pioneer Trust is not named in Schedule A of the *Bank Act* and therefore, by virtue of the *Interpretation Act*, is not a bank within the meaning of s. 2(g) of the *Canada Labour Code*.

But it was contended that *Pioneer Trust* is a federal business within the meaning of s. 2(i) of the *Canada Labour Code* quoted above.

Counsel for the Attorney General of Canada agreed with counsel for *Pioneer Trust* that, although *Pioneer Trust* is not a bank, banking is its business. The test was not what *Pioneer Trust* could do under its corporate powers, but what it actually did. At this point however the two counsel parted company. Counsel for the Attorney General of Canada dismissed any suggestion that there was room for shared or concurrent jurisdiction in the field of banking. Banking came under exclusive federal authority. Once it was held, as it should be, that *Pioneer Trust* was a banking undertaking, the regulation of its labour relations came under the exclusive authority of Parliament, whether or not the *Canada Labour Code* applied to it; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation*

tant que le permet la loi fédérale. Mais vu qu'elle effectue des opérations bancaires et qu'elle est assujettie à la réglementation fédérale, *Pioneer Trust* est une entreprise fédérale au sens de l'art. 2 du *Code canadien du travail*:

2. Dans la présente loi

«entreprise, affaire ou ouvrage de compétence fédérale» ou «entreprise fédérale» signifie tout ouvrage, entreprise ou affaire ressortissant au pouvoir législatif du Parlement du Canada, y compris, sans restreindre la généralité de ce qui précède:

g) toute banque;

i) tout ouvrage, entreprise ou affaire ne ressortissant pas au pouvoir législatif exclusif des législatures provinciales;

Il est admis que *Pioneer Trust* n'est pas une «banque»: l'art. 28 de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, prévoit:

«banque» ou «banque à charte» signifie une banque à laquelle la *Loi sur les banques* s'applique;

et l'art. 4 de la *Loi sur les banques* prévoit:

4. Cette loi s'applique à chaque banque mentionnée à l'annexe A et ne s'applique à aucune autre banque.

Pioneer Trust n'est pas mentionnée dans l'annexe A de la *Loi sur les banques* et, donc, suivant la *Loi d'interprétation*, elle n'est pas une banque au sens de l'al. 2g) du *Code canadien du travail*.

Mais on a prétendu que *Pioneer Trust* est une entreprise fédérale au sens de l'al. 2i) du *Code canadien du travail* précité.

L'avocat du procureur général du Canada reconnaît avec l'avocat de *Pioneer Trust* que, bien que *Pioneer Trust* ne soit pas une banque, elle effectue des opérations bancaires. Le critère n'est pas de savoir ce que *Pioneer Trust* peut faire aux termes de ses pouvoirs juridiques mais ce qu'elle fait réellement. Toutefois, à cette étape, les deux avocats ne sont plus d'accord. L'avocat du procureur général du Canada a écarté toute prétention qu'une compétence partagée ou commune était possible dans le domaine des opérations bancaires. Les opérations bancaires relèvent exclusivement du pouvoir fédéral. Dès que l'on a conclu, comme il se doit, que *Pioneer Trust* est une entreprise bancaire, les relations du travail y sont régies exclusivement par le Parlement, que le *Code canadien du*

*Act*⁶, (the *Stevedoring* case). It was contended that *Pioneer Trust* was a federal work, undertaking or business within the meaning of s. 2(i) of the *Canada Labour Code*, but even if it was not, the *Trade Union Act* was inapplicable and the *Board* was without jurisdiction. The entire scope of Parliament's jurisdiction over banking and the incorporation of banks was not encompassed in the *Bank Act*. The fact that the banking undertaking of *Pioneer Trust* was not regulated by federal legislation under all its aspects did not render provincial legislation applicable to this exclusively federal undertaking: *Union Colliery Co. v. Bryden*⁷; *Commission du Salaire Minimum v. Bell Telephone Company of Canada*⁸, at pp. 772 and 774.

If those submissions express the law, the consequences are quite far reaching.

Thus, should the submissions made on behalf of *Pioneer Trust* be accepted, a trust company with the same type of business as *Pioneer Trust* would be subject either to provincial or federal legislation with respect to its labour relations, depending on whether it is provincially incorporated or incorporated under the *Trust Companies Act*. This goes against settled authority according to which the origin of incorporation has no bearing on jurisdiction over labour relations: *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney-General for British Columbia*⁹ (the *Empress Hotel* case); *Canada Labour Relations Board v. C.N.R.*¹⁰ (the *Jasper Park Lodge* case); *Morgan and Jacobson v. Attorney General for Prince Edward Island*¹¹, per Laskin C.J. at p. 364; *The Canadian Indemnity* case, *supra*, per Martland J. at p. 519. Furthermore, trust companies incorporated pursuant to the *Trust Companies Act*, and, for that matter, provincially incorporated trust companies, would come under either federal or provincial jurisdiction

travail lui soit applicable ou non; *Renvoi relatif à la validité de la Loi sur les relations industrielles et les enquêtes visant les relations du travail*⁶, (l'arrêt *Stevedoring*). On prétend que *Pioneer Trust* est une entreprise, affaire ou ouvrage de compétence fédérale au sens de l'al. 2i) du *Code canadien du travail*, mais même si ce n'est pas le cas, le *Trade Union Act* ne s'applique pas et le *Conseil* n'est pas compétent. La *Loi sur les banques* ne recouvre pas tout le champ de la compétence du Parlement sur les banques et leur constitution. Le fait que l'entreprise bancaire de *Pioneer Trust* n'est pas entièrement régie par la législation fédérale ne rend pas les lois provinciales applicables à cette entreprise exclusivement fédérale: *Union Colliery Co. v. Bryden*⁷; *Commission du Salaire Minimum c. Bell Telephone Company of Canada*⁸, aux pp. 772 et 774.

Si ces prétentions reflètent le droit applicable, les conséquences vont très loin.

Ainsi, si l'on acceptait les prétentions présentées au nom de *Pioneer Trust*, une compagnie fiduciaire qui exploite le même genre d'entreprise que *Pioneer Trust* serait assujettie, en ce qui concerne les relations du travail, soit aux lois provinciales soit aux lois fédérales, selon qu'elle est constituée en vertu d'une loi provinciale ou en vertu de la *Loi sur les compagnies fiduciaires*. Cela est contraire à la jurisprudence établie selon laquelle l'origine de la constitution d'une entreprise n'a aucun rapport avec la compétence sur les relations du travail: *Canadian Pacific Railway v. Attorney-General for British Columbia*⁹ (l'arrêt *Empress Hotel*); *Le Conseil des relations du travail c. La Compagnie des chemins de fers nationaux du Canada*¹⁰ (l'arrêt *Jasper Park Lodge*); *Morgan et Jacobson c. Le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard*¹¹, le juge en chef Laskin à la p. 364; l'arrêt *Canadian Indemnity*, précité, le juge Martland à la p. 519. De plus, les compagnies fiduciaires constituées en vertu de la *Loi sur les*

⁶ [1955] S.C.R. 529.

⁷ [1899] A.C. 580.

⁸ [1966] S.C.R. 767.

⁹ [1950] A.C. 122.

¹⁰ [1975] 1 S.C.R. 786.

¹¹ [1976] 2 S.C.R. 349.

⁶ [1955] R.C.S. 529.

⁷ [1899] A.C. 580.

⁸ [1966] R.C.S. 767.

⁹ [1950] A.C. 122.

¹⁰ [1975] 1 R.C.S. 786.

¹¹ [1976] 2 R.C.S. 349.

with respect to their labour relations, depending on how little they elect to do fiduciary work and how much they render other types of services resembling those rendered by *Pioneer Trust*.

The contentions advanced on behalf of the Attorney General for Canada are even more far-reaching: if acceded to and pushed to their logical consequences, they might mean that provincially incorporated trust companies and perhaps even credit unions and "Caisses populaires" with the same type of business as *Pioneer Trust* were unlawfully incorporated and have been operating invalidly.

The issue turns on the elusive concept of banking.

3. Difficulty of defining banking

In *The Law of Banking and the Canadian Bank Act*, 2nd ed., 1968, Toronto, the author, Ian F. G. Baxter wrote, at p. 5:

... it would be a bold man who would undertake to state categorically which business activities legally appertain and which do not appertain to the business of banking.

Chorley, in his book on the *Law of Banking*, 4th ed., p. 23, has even gone as far as to say that "to construct a definition which would embrace the whole of it is manifestly impossible".

The reasons why banking is so difficult to define are manifold. First,

Banking is not a technical or legal term but a loose popular one, comprehending activities carried on by those who, likewise popularly, are called bankers. Coyne J.A. in *In re Bergethaler Waisenamt* (No. 2) [1949] 1 W.W.R. 323 at p. 334.

"Banking" on the other hand, while not a legal term, evokes economic notions which are notoriously not amenable to the discipline of the law. Furthermore, the meaning of the word has evolved

compagnies fiduciaires et, à cette fin, les compagnies fiduciaires constituées en vertu des lois provinciales seraient assujetties soit à la compétence fédérale soit à la compétence provinciale relativement aux relations du travail selon qu'elles choisissent d'effectuer peu d'opérations fiduciaires et offrent beaucoup d'autres genres de services semblables à ceux offerts par *Pioneer Trust*.

Les prétentions exposées au nom du procureur général du Canada vont encore plus loin: si elles étaient acceptées et si l'on poussait jusqu'au bout leurs conséquences logiques, elles pourraient signifier que les compagnies fiduciaires constituées en vertu des lois provinciales, et peut-être même les caisses de crédit et les «Caisses populaires» qui exploitent le même genre d'entreprises que *Pioneer Trust*, ont été constituées illégalement et exercent leurs activités dans l'invalidité.

La question porte donc sur le concept abstrait de ce qui constitue les opérations bancaires.

3. Difficulté de définir l'opération bancaire

Dans *The Law of Banking and the Canadian Bank Act*, 2^e éd. 1968, Toronto, l'auteur, Ian F. G. Baxter écrit à la p. 5:

[TRADUCTION] ... il faudrait beaucoup d'audace pour énoncer catégoriquement quelles activités commerciales relèvent légalement de l'entreprise bancaire et lesquelles n'en relèvent pas.

Dans son livre *Law of Banking*, 4^e éd., à la p. 23, Chorley est même allé jusqu'à dire que [TRADUCTION] «il est manifestement impossible d'élaborer une définition qui les engloberait toutes (les opérations bancaires)».

Diverses raisons expliquent la difficulté de définir les opérations bancaires. D'abord, et je cite:

[TRADUCTION] L'expression «opérations bancaires» n'est pas technique ou juridique mais populaire et vague, elle embrasse les activités exercées par ceux que, populairement encore, l'on appelle banquiers. Le juge d'appel Coyne dans *In re Bergethaler Waisenamt* (No. 2) [1949] 1 W.W.R. 323 à la p. 334.

Par ailleurs, bien que «opérations bancaires» ne soit pas une expression juridique, elle évoque des notions économiques qui, notoirement, ne peuvent être soumises à la discipline du droit. De plus, le

considerably over the centuries. Finally, because of the expansion of credit and the development of competition between banks and other types of institutions sometimes called near banks, such as trust companies, the latter have entered certain fields of activities previously carried on by banks while banks have begun operations which were not traditionally considered to appertain to the business of banking, leading to considerable overlapping of functions.

Still, many attempts have been made in judicial decisions as well as in doctrinal works, to define the notion of banking or at least to reduce the uncertainties. In some of the attempts, the problem was approached from the point of view of the substance of the matter and, in others, from the point of view of form.

4. Nature of the relationship between the institution and its customers

One approach related to substance has focused on the nature of the relationship between the institution and its customers. The relation between a banker and a customer who pays money into the bank is not a fiduciary one. It is the ordinary relation of debtor and creditor, with a superadded obligation arising out of the custom of bankers to honour the customer's cheques. Possession of or property in the deposit remains with the bank the obligation of which is a debt under a contract of *mutuum*, not *commodatum*: *Foley v. Hill*¹²; *Joachimson v. Swiss Bank Corporation*¹³, at p. 127; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for the Province of Quebec*¹⁴ (the *Bank Deposits* case), at p. 44. By contrast, s. 63 of the *Trust Companies Act* which relates to the powers of a trust company emphasizes their fiduciary nature by the use of the words "in trust", "entrusted", "trustee" or some other similar expression in practically each of its subsections; and it would appear that a trust company has no power to receive money on deposit in such a way that it is the

sens de l'expression a considérablement évolué au cours des siècles. Enfin, en raison de l'expansion du crédit et de l'intensification de la concurrence entre les banques et les autres genres d'institutions parfois appelées parabancaires, telles les compagnies fiduciaires, ces dernières se sont engagées dans certains domaines d'activités autrefois exercées par les banques alors que les banques ont entrepris des opérations qui, traditionnellement, n'étaient pas considérées comme du domaine de l'entreprise bancaire, ce qui a entraîné un chevauchement considérable de fonctions.

Néanmoins, plusieurs tentatives ont été faites tant dans la jurisprudence que dans la doctrine pour définir la notion d'opérations bancaires ou du moins en réduire l'incertitude. Le problème a été abordé tant du point de vue du fond que de la forme.

4. Nature de la relation entre l'institution et ses clients

Une façon d'aborder la question du point de vue du fond a trait à la nature de la relation entre l'institution et ses clients. La relation entre un banquier et un client qui dépose de l'argent à la banque n'est pas fiduciaire. C'est la relation ordinaire du débiteur et du créancier à laquelle s'ajoute l'obligation qui découle de la coutume des banquiers d'honorer les chèques de leurs clients. La banque conserve la possession ou la propriété des sommes déposées et son obligation constitue une dette en vertu d'un contrat de prêt de consommation et non de prêt à usage: *Foley v. Hill*¹²; *Joachimson v. Swiss Bank Corporation*¹³, à la p. 127; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for the Province of Quebec*¹⁴ (l'arrêt *Bank Deposits*), à la p. 44. Au contraire, l'art. 63 de la *Loi sur les compagnies fiduciaires* qui énumère les pouvoirs d'une compagnie fiduciaire en fait ressortir la nature fiduciaire par l'emploi des mots «en fiduciaire», «confiés», «fiduciaires» ou autres expressions semblables dans presque tous ses alinéas; et il semble qu'une compagnie fiduciaire n'a pas le

¹² [1848] 2 H.L.C. 28, 9 E.R. 1002.

¹³ [1921] 3 K.B. 110.

¹⁴ [1946] A.C. 33.

¹² [1848] 2 H.L.C. 28, 9 E.R. 1002.

¹³ [1921] 3 K.B. 110.

¹⁴ [1946] A.C. 33.

simple debtor of the depositor: Daniel J. Baum, *The Near-Banks: Trust Companies of Canada*, (1970-71) XLV Tulane Law Review 546 at pp. 558 and 568. It has been contended that this legal distinction is of little or no practical effect and that in fact the relationship between a trust company and a depositor "is indistinguishable from the debtor-creditor relationship between a bank and its customer": Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 1977, p. 367, note 97. I cannot subscribe to the view that the distinction entails no practical differences. It was on this very basis that in the *Bank Deposits* case at pp. 44 to 46, the Judicial Committee distinguished a judgment of this Court relating to unclaimed trust property which vested in the Province under provincial legislation: *Provincial Treasurer for the Province of Manitoba v. Minister of Finance for Canada*¹⁵. Furthermore, s. 66 of the *Trust Companies Act* prescribes that trust funds are to be kept distinct from those of the company and ss. 64 and 68 provide that trust money is not to be invested in a manner which is identical to the investment of its own funds by the company, whereas money deposited with a bank becomes the property of the bank which may invest it as it pleases, as long as it does so in accordance with the provisions of the *Bank Act*.

In connection with the fiduciary character of *Pioneer Trust*, I find rather misleading the assertion that, on the one hand, it does very little fiduciary work but, on the other, that it is in the banking business because, like banks, it is involved in activities which include the operation of certain plans such as Registered Home Ownership Savings Plans and Registered Retirement Plans. Under s. 146.2(1)(d) of the *Income Tax Act*, 1970-71-72 (Can.), c. 63 and amendments, only a Canadian trust company is empowered to issue a Registered Home Ownership Savings Plan. If it authorizes a bank, credit union or mutual fund to act as its agent in the sale of shares in the plan, it continues to be the issuer and trustee of the plan and, as

¹⁵ [1943] S.C.R. 370.

pouvoir de recevoir des sommes d'argent en dépôt d'une façon telle qu'elle devienne le simple débiteur du déposant: Daniel J. Baum, *The Near-Banks: Trust Companies of Canada*, (1970-71) XLV Tulane Law Review 546, aux pp. 558 et 568. On prétend que cette distinction juridique n'a à peu près aucun effet en pratique et qu'en réalité la relation entre une compagnie fiduciaire et un déposant [TRADUCTION] «ne se distingue pas de la relation débiteur-crédancier entre une banque et ses clients»: Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 1977, p. 367, note 97. Je ne peux souscrire à l'opinion que la distinction n'entraîne aucune différence pratique. C'est à partir de cette prémisse que, dans l'arrêt *Bank Deposits* aux pp. 44 à 46, le Comité judiciaire a établi une distinction avec un arrêt de cette Cour au sujet de biens en fiducie non réclamés dévolus à la province en vertu de la loi provinciale: *Le trésorier de la province du Manitoba c. Le ministre des Finances du Canada*¹⁵. De plus, l'art. 66 de la *Loi sur les compagnies fiduciaires* prévoit que les montants d'argent acquis en fiducie doivent être tenus séparément de ceux de la compagnie et les art. 64 et 68 prévoient que la compagnie ne doit pas placer les sommes d'argent qu'on lui a confiées en fiducie de la même manière qu'elle place ses propres fonds, tandis que les sommes d'argent déposées dans une banque deviennent la propriété de la banque qui peut les placer à son gré tant qu'elle se conforme aux dispositions de la *Loi sur les banques*.

Relativement au caractère fiduciaire de *Pioneer Trust*, je trouve plutôt trompeuse l'affirmation que, d'une part, elle fait très peu d'opérations fiduciaires mais que, d'autre part, elle fait des opérations bancaires parce que, comme les banques, elle est engagée dans la prestation de certains services, tels les régimes enregistrés d'épargne-logement et les régimes enregistrés d'épargne-retraite. Aux termes de l'al. 146.2(1)d) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, 1970-71-72 (Can.), chap. 63 et modifications, seule une compagnie fiduciaire canadienne peut fournir un régime enregistré d'épargne-logement. Si elle autorise une banque, une caisse de crédit ou un fonds mutuel à agir comme son mandataire dans la vente de parts

¹⁵ [1943] R.C.S. 370.

such, it remains responsible for the application, the registration of the plan, the issue of receipts for contributions to the plan and the filing of tax and information returns. So this is not at all an instance of a trust company doing any banking business but, on the contrary, of a bank acting as the agent of a trustee. Similarly, under s. 146(1)(j) of the *Income Tax Act*, Registered Retirement Savings Plans cannot be issued by banks but only by certain insurance companies, by Canadian trust companies and certain other approved companies. This type of operation has nothing to do with banking and is not connected with banks unless banks act as mere agents of trust companies, insurance companies and other approved companies.

In the same vein, I do not think that *Pioneer Trust* can accurately argue that it is doing a banking operation when, like banks, it provides its customers with travellers cheques. The evidence reveals that *Pioneer Trust* sells to its customers travellers cheques of the American Express Company. While the case does not disclose what type of agreement governs the legal relationship between *Pioneer Trust* and the American Express Company, the usual or normal practice would appear to be that the issuer of the cheques delivers blank cheques to its selling agent, whether a bank, a trust company or a travel agency, who agrees to hold them as trustee of the issuer and to sell them on his behalf. "The trust receipt invariably stipulates that the proceeds of such sales are to be held by the agent as a specific trust fund in favour of the issuing banker". E. P. Ellinger, *Travellers' cheques and the Law*, (1969) 19 University of Toronto Law Journal 132 at p. 150. Since the operation of selling travellers cheques on behalf of and in trust for the issuer involves a trust agreement, it cannot appertain more to the business of a bank than to that of a trust company.

dans le régime, elle continue d'être l'émetteur et le fiduciaire du régime et, à ce titre, elle demeure responsable de la demande, de l'enregistrement du régime, de la remise de reçus pour contributions au régime et de la production de renseignements pour fins d'impôt. Donc, il ne s'agit vraiment pas du cas d'une compagnie fiduciaire qui effectue des opérations bancaires mais, au contraire, d'une banque qui agit comme mandataire d'un fiduciaire. De même, en vertu de l'al. 146(1)(j) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les régimes enregistrés d'épargne-retraite ne peuvent être consentis par des banques mais seulement par certaines compagnies d'assurance, par les compagnies fiduciaires canadiennes et certaines autres compagnies approuvées. Ce genre d'activités n'a rien à voir avec les opérations bancaires et n'a aucun rapport avec les banques, à moins que les banques n'agissent comme simples mandataires de compagnies fiduciaires, de compagnies d'assurance ou d'autres compagnies approuvées.

Dans le même ordre d'idées, je ne crois pas que *Pioneer Trust* puisse prétendre à bon droit qu'elle effectue une opération bancaire lorsque, comme les banques, elle fournit des chèques de voyage à ses clients. La preuve indique que *Pioneer Trust* vend à ses clients des chèques de voyage de la compagnie American Express. Bien que le dossier ne révèle pas quel type de convention régit la relation juridique entre *Pioneer Trust* et la compagnie American Express, la pratique normale ou usuelle semble être que l'émetteur délivre des chèques en blanc à son commissionnaire-vendeur, que ce soit une banque, une compagnie fiduciaire ou une agence de voyages, qui accepte de les tenir comme fiduciaire de l'émetteur et de les vendre en son nom. [TRADUCTION] «Le reçu fiduciaire énonce invariablement que le produit de ces ventes sera tenu par le mandataire comme un fonds fiduciaire particulier en faveur du banquier émetteur». E. P. Ellinger, *Travellers' cheques and the Law*, (1969) 19 University of Toronto Law Journal, 132, à la p. 150. Puisque l'opération qui consiste à vendre des chèques de voyage au nom de l'émetteur et en fiducie pour ce dernier implique une convention de fiducie, elle ne peut relever davantage de l'entreprise bancaire que de celle d'une compagnie fiduciaire.

Furthermore, I find it somewhat strange that the safe-keeping of securities and the renting of safety deposit boxes be represented, at the present day, as banking operations. Of course in earlier days, as to-day, banks provided the means for the safe-keeping of valuables, because, dealing in coins, bullion, money and other valuables they had to be provided with vaults and strong-boxes which could also be of service to customers of the banks for purposes other than banking. But the renting of safety deposit boxes merely puts the bank in the position of a bailee in accordance with the terms of an ordinary civil contract which can be concluded by anyone, including a bank or a trust company, who happens to be provided with the secured facilities. And the safe-keeping of securities appertains much more in my view to the business of a trust company than to that of a bank. It is a power which is specifically bestowed upon trust companies by s. 63(h) of the *Trust Companies Act*. Indeed, it is by nature a fiduciary service even when it happens to be rendered by a bank. I fail to see how it is transformed into a banking service when it is rendered by a trust company. (See the opinion of Adamson J.A., as he then was, in the *Bergethaler Waisenamt* case, p. 337.)

As for the submission, made on behalf of *Pioneer Trust*, that the *Trust Companies Act* goes beyond incorporation and rises to the level of regulation, I do not think it should be entertained. This aspect of the matter has been alluded to but not argued in any detail by any of the parties or the intervenors. The *Trust Companies Act* does not apply to trust institutions in general but only to federally incorporated trust companies. It is most doubtful that Parliament could regulate the fiduciary activities of trust institutions, whether federally or provincially incorporated. That is why the provisions of the *Trust Companies Act* must not be construed as going beyond what they can constitutionally do and what, on their face, they purport to do: to allow for the incorporation of trust companies and impose limitations on their corporate capacity as conditions of their incorporation. The authority so to legislate is not derived from the power of Parliament over banking but from its

De plus, je trouve quelque peu étrange que, de nos jours, la garde de titres et la location de coffrets de sûreté soient présentées comme des opérations bancaires. Bien sûr, autrefois, comme aujourd'hui, les banques offraient les moyens de garder les objets de valeur car, disposant de pièces de monnaie, de lingots et de valeurs, elles devraient être munies de chambres fortes et de coffres-forts qui pouvaient également servir à leurs clients à des fins autres que des opérations bancaires. Mais la location de coffrets de sûreté place simplement la banque dans la situation d'un locateur conformément aux dispositions d'un contrat civil ordinaire que toute personne peut conclure, y compris une banque ou une compagnie fiduciaire qui se trouve à disposer d'installations de sécurité. Et, à mon avis, les activités d'une compagnie fiduciaire se prêtent davantage à la garde de titres que celles d'une banque. C'est un pouvoir qui est spécifiquement confié aux compagnies fiduciaires par l'al. 63h) de la *Loi sur les compagnies fiduciaires*. En fait, par sa nature même, c'est un service fiduciaire même lorsqu'il est offert par une banque. Je ne vois pas comment il devient un service bancaire lorsqu'il est offert par une compagnie fiduciaire. (Voir l'opinion du juge d'appel Adamson, tel était alors son titre, dans l'arrêt *Bergethaler Waisenamt*, à la p. 337.)

Il n'y a pas lieu de s'arrêter à la prétention élevée au nom de *Pioneer Trust*, que la *Loi sur les compagnies fiduciaires* déborde le cadre de la simple constitution de l'entreprise pour aller jusqu'à régir ses opérations fiduciaires. On a évoqué cet aspect de la question mais ni les parties ni les intervenants ne l'ont plaidé en détail. La *Loi sur les compagnies fiduciaires* ne s'applique pas aux institutions fiduciaires en général mais seulement aux compagnies fiduciaires à charte fédérale. Je doute beaucoup que le Parlement puisse régir les activités fiduciaires des institutions fiduciaires, qu'elles soient constituées en vertu d'une loi fédérale ou provinciale. C'est pourquoi l'on ne doit pas interpréter les dispositions de la *Loi sur les compagnies fiduciaires* de façon à aller au-delà de ce qu'elles peuvent viser constitutionnellement et visent à première vue: permettre la constitution de compagnies fiduciaires et imposer des limites à leur capacité juridique comme conditions de leur

power to make laws for the incorporation of companies with objects other than provincial, this being taken to include objects within provincial authority in more than one province: *Colonial Building and Investment Association v. Attorney-General of Quebec*.¹⁶

In short, under the *Trust Companies Act*, all the transactions of *Pioneer Trust*, or most of them, appear to be fiduciary by operation of law, whether or not they are so by nature. Furthermore, several of them, described by *Pioneer Trust* as banking operations, are fiduciary by nature as well as by operation of law and are not banking transactions although some of them, not all, may lawfully be carried on by chartered banks. These factors may not by themselves be determinative of the issue. But they are relevant and indicative that the business of *Pioneer Trust* is not that of banking.

5. The functional test

Another approach to the problem of defining banking, also related to the substance of the matter, consists in the consideration of the functions of banking, from an economic or legal point of view.

a) The economic point of view

According to a view widely held in the nineteenth century, banks were considered as the main channel for the transfer of savings; the function of banking was one of financial intermediation in which the public had an interest with respect to solvency and allocation of financial resources. But under this particular economic view, the list of financial intermediaries would include, as well as chartered banks, some other very different types of institutions such as life insurance companies, finance companies, mortgage companies, trust companies, etc. (See Patrick N. McDonald, *The B.N.A. Act and the Near Banks: A case study in federalism*, (1972) 10 Alberta Law Review 155 at

¹⁶ (1883), 9 App. Cas. 157.

constitution en corporation. Le pouvoir d'ainsi légiférer ne découle pas du pouvoir du Parlement sur les banques mais de celui de faire des lois relativement à la constitution de compagnies dont les objets ne sont pas provinciaux, ce que l'on tient pour comprendre des objets ressortissant à l'autorité provinciale dans plus d'une province: *Colonial Building and Investment Association v. Attorney-General of Quebec*.¹⁶

Bref, en vertu de la *Loi sur les compagnies fiduciaires*, toutes les opérations de *Pioneer Trust*, ou la plupart d'entre elles, sont fiduciaires par opération de la loi quand elles ne le sont pas par nature. De plus, plusieurs d'entre elles, que *Pioneer Trust* décrit comme des opérations bancaires, sont fiduciaires par nature et par opération de la loi et ne sont pas des opérations bancaires, bien que certaines d'entre elles, mais non la totalité, puissent légalement être effectuées par des banques à charte. Ces facteurs, en eux-mêmes, ne sont peut-être pas décisifs, mais ils sont importants et indiquent que *Pioneer Trust* n'est pas une entreprise bancaire.

5. Le critère fonctionnel

Une façon d'aborder la difficulté de définir les opérations bancaires, toujours du point de vue du fond, consiste à considérer les fonctions des banques sur le plan économique ou juridique.

a) Sur le plan économique

Selon une conception très populaire au dix-neuvième siècle, les banques étaient considérées comme la principale voie pour le transfert des épargnes; les banques avaient pour fonction l'entremise financière dans laquelle le public avait un intérêt quant à la solvabilité et l'affectation de ressources financières. Mais selon cette conception économique particulière, la liste des intermédiaires financiers comprendrait, sur le même pied que les banques à charte, d'autres types très différents d'institutions telles les compagnies d'assurance-vie, les compagnies de prêts, les compagnies de prêt hypothécaire, les compagnies fiduciaires, etc. (Voir Patrick N. McDonald, *The B.N.A. Act and the*

¹⁶ (1883), 9 App. Cas. 157.

pp. 158 and ff. This article is, to the best of my knowledge, the most exhaustive study published on the question).

Judges however have not always shrunk from the functional economic approach. They had little choice in the *Reference re Alberta Statutes*¹⁷ (*Alberta Statutes Reference*) since they had to deal with the legislative implementation of a specific economic doctrine; the Court found *ultra vires* a provincial legislative scheme the essence of which was to set up a new form of credit and currency within Alberta. Three bills had been referred to the Court: Bill No. 1 "*An Act Respecting the Taxation of banks*"; Bill No. 8 "*An Act to Amend and Consolidate the Credit of Alberta Regulations Act*" and Bill No. 9 "*An Act to ensure the Publication of Accurate News and Information*". The three bills were found unconstitutional together with a statute which had not been explicitly referred to the Court but which contained, expressed in legislative terms, the core of the social credit system, *The Alberta Social Credit Act*. Bill No. 9 does not concern us here. Bill No. 1 attempted to tax the banks out of existence and was found *ultra vires* as directed to the frustration of the banking system established by the *Bank Act*. (This part of the judgment was upheld by the Judicial Committee in *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*¹⁸ (the *Alberta Bank Taxation* case). The Judicial Committee did not pronounce on the other issues which had become academic). The main thrust of *The Alberta Social Credit Act* was described as follows by Duff C.J. at p. 113:

it is clear . . . that the substitution generally in internal commerce of Alberta credit for bank credit and legal tender as the circulating medium is of the very essence of the plan.

The Act provided for the distribution of Alberta credit by the Provincial Treasurer by means of

¹⁷ [1938] S.C.R. 100.

¹⁸ [1939] A.C. 117.

Near Banks: A case study in federalism, (1972) 10 *Alberta Law Review* 155, aux pp. 158 et suivantes. Autant que je sache, cet article est l'étude la plus approfondie publiée sur le sujet.)

Toutefois, les juges ne se sont pas toujours dérobés à la méthode économique fonctionnelle. Ils n'avaient pas vraiment le choix dans le *Renvoi relatif aux lois de l'Alberta*¹⁷ (*Alberta Statutes Reference*), puisqu'ils devaient examiner la mise en œuvre législative d'une doctrine économique particulière; la Cour a jugé *ultra vires* un programme législatif provincial qui consistait essentiellement à établir une nouvelle forme de crédit et de monnaie à l'intérieur de l'Alberta. Trois projets de loi avaient été présentés à la Cour: le projet de loi n° 1 «*An Act Respecting the Taxation of Banks*»; le projet de loi n° 8 «*An Act to Amend and Consolidate the Credit of Alberta Regulations Act*» et le projet de loi n° 9 «*An Act to ensure the Publication of Accurate News and Information*». Les trois projets de loi ont été jugés inconstitutionnels avec une autre loi qui n'avait pas été expressément soumise à la Cour mais qui contenait, formulée en termes législatifs, la substance du système de crédit social, *The Alberta Social Credit Act*. Le projet de loi n° 9 ne nous intéresse pas ici. Le projet de loi n° 1 visait à taxer les banques au point de les faire disparaître et a été jugé *ultra vires* au motif qu'il cherchait à anéantir le système bancaire établi par la *Loi sur les banques*. (Cette partie de l'arrêt a été confirmée par le Comité judiciaire dans *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*,¹⁸ (l'arrêt *Alberta Bank Taxation*). Le Comité judiciaire ne s'est pas prononcé sur les autres questions qui étaient devenues théoriques). L'effet principal de *The Alberta Social Credit Act* a été décrit comme suit par le juge en chef Duff à la p. 113:

[TRADUCTION] Il est manifeste . . . que la substitution générale dans le commerce interne du crédit de l'Alberta au crédit des banques et à la monnaie légale comme instrument monétaire constitue l'essence même du programme.

La Loi prévoyait la distribution du crédit de l'Alberta par le trésorier provincial au moyen de certi-

¹⁷ [1938] R.C.S. 100.

¹⁸ [1939] A.C. 117.

Treasury Credit Certificates. It also provided for the creation of a Credit House with branches that could accept deposits, convert currency and negotiable instruments on demand into Alberta credit, etc. The practicability of the scheme would have depended upon the general acceptance by the people of Alberta, of Alberta credit as a medium of payment. The Act was found *ultra vires* by five of the six members of the Court, as relating to "Banking and the Incorporation of Banks", and also, by three of those five, as dealing with "Currency" and the "Regulation of Trade and Commerce". By comparison to what he said with respect to Bill No. 8, Duff C.J. did not deal at great length with the functions of banking; *The Alberta Social Credit Act* was in relation to banking because it purported to set up a parallel system of banks for the issuance and circulation of a parallel system of credit. While the reasons of Duff C.J. may not be capable of being interpreted as meaning that *The Alberta Social Credit Act* would not have been found *ultra vires* had it not interfered with chartered banks, Duff C.J. did say in the passage quoted above, that the *substitution* of one system for the other was the *very essence* of the plan. And if one couples *The Alberta Social Credit Act* with Bill No. 1, the taxing bill, which would have prevented the continued operation of chartered banks, one can entertain no doubt, looking at the scheme as a whole, that the parallel system was intended to prevail over the established one, and to that extent, to interfere with it.

But it is mostly in relation to Bill No. 8, "*An Act to Amend and Consolidate the Credit of Alberta Regulation Act*", that Duff C.J. and Kerwin J., as he then was, dealt in detail with the function of banking, and sought to get hold of its quintessence in terms involving economic concepts. At pp. 124 and 125, after saying: "A banker is a dealer in credit", Duff C.J. focused upon the monetary function of banks and dwelt upon the particular way in which bankers, as opposed to money lenders, create credit and deal in credit by way of bookkeeping entries. He quoted with

ficats de crédit du Trésor. Elle prévoyait également la création d'une maison de crédit avec des succursales qui auraient pu accepter des dépôts, convertir la monnaie et les lettres de change sur demande en crédit de l'Alberta, etc. La praticabilité du plan aurait été subordonnée à l'acceptation générale, par la population de l'Alberta, du crédit de l'Alberta comme instrument de paiement. La Loi a été jugée *ultra vires* par cinq des six membres de la Cour parce qu'elle visait «les banques ... (et) l'incorporation des banques», et, également, par trois de ces cinq membres, parce qu'elle visait «le cours monétaire» et «la réglementation du trafic et du commerce». Comparativement à ce qu'il a dit au sujet du projet de loi n° 8, le juge en chef Duff n'a pas examiné longuement les fonctions bancaires; *The Alberta Social Credit Act* visait les opérations bancaires parce qu'elle voulait établir un système parallèle de banques pour l'émission et la circulation d'un système de crédit parallèle. Bien que l'on ne puisse peut-être pas interpréter les motifs du juge en chef Duff de façon à dire que *The Alberta Social Credit Act* n'aurait pas été jugée *ultra vires* si elle n'avait pas empiété sur les opérations des banques à charte, le juge en chef Duff a bien dit dans le passage précité que la *substitution* d'un système à l'autre constituait l'*essence même* du programme. Si l'on relie *The Alberta Social Credit Act* au projet de loi n° 1, le projet de loi fiscale qui aurait empêché les banques à charte de continuer leurs opérations, il n'y a aucun doute, lorsqu'on regarde le programme dans son ensemble, que le système parallèle était conçu pour prévaloir sur le système établi et que, dans cette mesure, il empiétait sur celui-ci.

Mais c'est principalement en relation avec le projet de loi n° 8, "*An Act to Amend and Consolidate the Credit of Alberta Regulation Act*", que le juge en chef Duff et le juge Kerwin, alors juge puîné, ont examiné en détail les fonctions bancaires, et ont cherché à en extraire la quintessence en faisant appel à des notions d'économique. Aux pp. 124 et 125, après avoir dit: [TRADUCTION] «un banquier est un négociant en crédit», le juge en chef Duff s'est concentré sur la fonction monétaire des banques et s'est arrêté à la façon particulière dont les banquiers, par opposition aux prêteurs

approval the following passage from M. Walter Leaf's volume on *Banking*:

... when the creation of credit is discussed there is general agreement that by credit is meant banker's credit, that is to say, the right to draw cheques on a bank. The exercise of this right involves either the withdrawal from the bank of legal tender, in the shape of bank notes or silver and bronze coin, or the transfer of such a right to some other person in the books of the same or another bank.

At pp. 155 and 156, Kerwin J. quoted a paragraph of the *Encyclopaedia Britannica* containing the following passage:

Banks create credit. It is a mistake to suppose that bank credit is created to any important extent by the payment of money into the banks. Money is always being paid in by tradesmen and others who receive it in the course of business, and drawn out again by employers to pay wages and by depositors in general for use as pocket money. But the change of money into credit money and of credit money back into money does not alter the total amount of the means of payment in the hands of the community. When a bank lends, by granting an advance or discounting a bill, the effect is different. Two debts are created; the trader who borrows becomes indebted to the bank at a future date, and the bank becomes immediately indebted to the trader. The bank's debt is a means of payment; it is credit money. It is a clear addition to the amount of the means of payment in the community. The bank does not lend money. The borrower can, if he pleases, take out the whole amount of the loan in money. He is in that respect in the same position as any other depositor. But like other depositors he is likely in practice to use credit for all major payments and only to draw out money as and when needed for minor payments.

Kerwin J. then continued at p. 156:

It is not necessary to refer to the various schools of economists with their divergent views as to the extent to which banks create credit or as to the wisdom or otherwise of a state empowering such institutions to do so. It suffices that by current common understanding a business transaction whereby credit is created, issued, lent, provided or dealt in by means of bookkeeping entries is considered to be part of the business of banking as it has

d'argent, créent du crédit et en font commerce par des inscriptions comptables. Il cite le passage suivant du volume *Banking* de M. Walter Leaf dont il partage les vues:

[TRADUCTION] ... Lorsqu'il est question de la création de crédit, il est généralement reconnu que par crédit on veut dire le crédit du banquier, c'est-à-dire le droit de tirer des chèques sur une banque. L'exercice de ce droit implique soit le retrait de monnaie légale de la banque, sous forme de billets de banque ou de pièces d'argent ou de bronze, ou le transfert de ce droit à une autre personne dans les livres de la même banque ou d'une autre banque.

Aux pp. 155 et 156, le juge Kerwin a cité un alinéa de l'*Encyclopédie Britannica* qui renferme le passage suivant:

[TRADUCTION] Les banques créent le crédit. C'est une erreur de prétendre que le crédit des banques est créé dans une large mesure par le dépôt d'argent dans les banques. L'argent est toujours déposé par les marchands et d'autres personnes qui le reçoivent dans le cours des affaires, et retiré ensuite par les employeurs pour payer les salaires et par les déposants en général comme argent de poche. Mais le changement de l'argent en crédit et du crédit en argent ne modifie pas la somme totale des moyens de paiement dont dispose la collectivité. Lorsqu'une banque prête de l'argent, en accordant une avance ou en escomptant un billet, l'effet est différent. Deux dettes sont créées; le marchand qui emprunte devient endetté envers la banque pour une date future, et la banque devient immédiatement endettée envers le marchand. La dette de la banque est un moyen de paiement; c'est du crédit. C'est une addition nette à la somme des moyens de paiement dans la collectivité. La banque ne prête pas d'argent. L'emprunteur peut encaisser le plein montant du prêt. Il est à ce point de vue dans la même position que tout autre déposant. Mais comme les autres déposants, en pratique, il utilisera vraisemblablement le crédit pour tous les paiements majeurs et retirera de l'argent seulement lorsqu'il en a besoin pour des paiements mineurs.

Le juge Kerwin a ensuite poursuivi à la p. 156:

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire de se référer aux diverses écoles d'économistes avec leurs opinions divergentes quant à la mesure dans laquelle les banques créent le crédit ou quant à la sagesse d'un état qui permet à de telles institutions de le faire. Il suffit que selon la compréhension générale courante une opération commerciale par laquelle du crédit est créé, émis, prêté, fourni ou négocié par des inscriptions comptables soit

been practised and developed. It is well known that in addition to creating credit banks also issue, lend, provide and deal in credit by means of bookkeeping entries.

The type of provincial legislation found *ultra vires* in the *Alberta Statutes Reference* would still be invalidated to-day, but whether the same reasons would all be relied upon is a matter of doubt for economic theory has evolved. Be that as it may, there were other reasons of a more classical type from a legal point of view why Bill No. 8, "*An Act to Amend and Consolidate the Credit of Alberta Regulation Act*", was found *ultra vires*: it was a licensing statute; it depended upon machinery created by *The Alberta Social Credit Act* which was found *ultra vires*, and it was ancillary to the latter. By themselves, these reasons which were also invoked by Duff C.J. at pp. 122 and 123, sufficed to dispose of Bill No. 8 and I do not think that the other reasons are decisive of the case at bar. (It should be noted however that these other reasons commended themselves to Porter J.A. whose partly dissenting opinion to the effect that *The Treasury Branches Act*, R.S.A. 155, c. 344, was unconstitutional, was adopted by two members of this Court in *Breckenridge Speedway Ltd. et al. v. The Queen*¹⁹; the seven other members of the Court refrained from expressing any view on the question, and I do the same).

b) The legal point of view

Attempts to define banking in functional terms but from a strictly legal angle have been studied by C. C. Johnston, in *Judicial Comment on the Concept of "Banking Business"*, (1962) 2 Osgoode Hall Law Journal 347. Typical of such attempts is the description of banking given by Richards J.A. for the majority of the Manitoba Court of Appeal in the *Bergethaler Waisenamt* case, at pp. 328 and 329:

Expert opinion was not given in evidence in this case as to what is banking business, but it is common knowl-

¹⁹ [1970] S.C.R. 175.

considérée comme partie de l'entreprise bancaire telle qu'elle a été pratiquée et développée. Il est bien connu qu'en plus de créer du crédit les banques émettent, prêtent, fournissent et négocient du crédit au moyen d'inscriptions comptables.

Le type de lois provinciales jugées *ultra vires* dans le *Renvoi relatif aux Lois de l'Alberta* serait encore jugé invalide aujourd'hui, mais il y a lieu de douter qu'on s'appuierait sur les mêmes motifs car la science économique a évolué. Quoi qu'il en soit, il y avait d'autres motifs d'un type plus classique du point de vue juridique qui ont fait que le projet de loi n° 8, «*An Act to Amend and Consolidate the Credit of Alberta Regulation Act*», a été jugé *ultra vires*: c'était une loi prévoyant la délivrance de permis; elle était subordonnée à un mécanisme créé par *The Alberta Social Credit Act* qui a été jugée *ultra vires* et elle était un accessoire de cette dernière. En eux-mêmes, ces motifs qui ont également été invoqués par le juge en chef Duff aux pp. 122 et 123, étaient suffisants pour statuer sur le projet de loi n° 8 et je ne crois pas que les autres motifs soient décisifs en l'espèce. (Il faut souligner toutefois que ces autres motifs ont été endossés par le juge d'appel Porter dont l'opinion dissidente en partie, portant que *The Treasury Branches Act*, R.S.A. 155, chap. 344 était inconstitutionnelle, a été adoptée par deux membres de cette Cour dans *Breckenridge Speedway Ltd. et autre c. La Reine*¹⁹; les sept autres membres de la Cour n'ont pas exprimé d'opinion sur la question et je fais de même).

b) Sur le plan juridique

Les tentatives pour définir les opérations bancaires en termes fonctionnels mais d'un point de vue strictement juridique ont fait l'objet d'une étude par C. C. Johnston, dans *Judicial Comment on the Concept of "Banking Business"*, (1962) 2 Osgoode Hall Law Journal 347. Un exemple caractéristique de ces tentatives est la description des opérations bancaires donnée par le juge d'appel Richards pour la majorité de la Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *Bergethaler Waisenamt* aux pp. 328 et 329:

[TRADUCTION] Aucun expert n'est venu témoigner pour décrire ce qu'est, à son avis l'entreprise bancaire,

¹⁹ [1970] R.C.S. 175.

edge that during the period of the corporation's operations banking did include the following: (1) Receiving money on deposit from its customers; (2) Paying a customer's cheques or drafts on it to the amount on deposit by such customers and holding Dominion Government and bank notes and coin for such purpose; (3) Paying interest by agreement on deposits; (4) Discounting commercial paper for its customers; (5) Dealing in exchange and in gold and silver coin and bullion; (6) Collecting notes and drafts deposited; (7) Arranging credits for itself with banks in other towns, cities and countries; (8) Selling its drafts or cheques on other banks and banking correspondents; (9) Issuing letters of credit; (10) Lending money to its customers, (a) on the customers' notes; (b) by way of overdraft; (c) on bonds, shares and other securities.

The business of a Canadian Chartered bank is wider still because of the statutory rights and powers given to a bank under the provisions of the *Bank Act*, now 1944-45 ch.30.

But Richards J.A. added the following comment at p. 332:

The business carried on by most banks includes the totality of the functions I have enumerated, but, of course, a banking business can be carried on without performing all of them and most corporations and individuals engaged in a financial business of any kind are required to carry on or perform some of them and it does not follow from the fact that banks perform them that every exercise of one or more of the functions is a form of banking.

I agree with this comment.

Take long term borrowing by way of term deposits or otherwise. It was held by the English Court of Appeal in *United Dominions Trust v. Kirkwood*²⁰, that the acceptance of money against deposit receipts, usually in sums ranging between £5,000 and £1,000,000 for definite periods of three, six or nine months was not an aspect of the business of banking. Under this standard, *Pioneer Trust's* borrowing by way of Guaranteed Investment Certificates is not a banking activity although it is widely practised by chartered banks and other types of institutions. I should think it is an activity that may be appropriate for savings

²⁰ [1966] 1 All E.R. 968.

mais il est notoire que pendant cette période les opérations bancaires de la compagnie comprenaient les suivantes: (1) recevoir de l'argent en dépôt de ses clients; (2) payer les chèques ou les traites de ses clients à même le montant en dépôt par ces clients et détenir des billets de banque du gouvernement fédéral et de la monnaie à ces fins; (3) payer les intérêts convenus sur les dépôts; (4) escompter les effets de commerce pour ses clients; (5) s'occuper de change et du commerce de pièces d'or et d'argent et de lingots; (6) encaisser les billets et les traites déposés; (7) assurer son propre crédit auprès de banques dans d'autres villes et pays; (8) vendre ses propres traites ou chèques sur d'autres banques ou correspondants bancaires; (9) émettre des lettres de crédit; (10) prêter de l'argent à ses clients, (a) sur billets, (b) sous forme de découvert, (c) sur la garantie d'obligations, d'actions et d'autres valeurs.

Les activités d'une banque à charte canadienne sont encore plus nombreuses en raison des droits et pouvoirs donnés à une banque aux termes des dispositions de la *Loi sur les banques* maintenant 1944-45 chap. 30.

Cependant le juge d'appel Richards ajoute le commentaire suivant à la p. 332:

[TRADUCTION] La plupart des banques font toutes les opérations que j'ai énumérées mais, bien sûr, on peut exploiter une entreprise bancaire sans les faire toutes et la plupart des sociétés et des individus qui exploitent une entreprise financière quelle qu'elle soit doivent en accomplir ou en effectuer quelques-unes et ce n'est pas parce que les banques les accomplissent que chaque opération de ce genre est une forme d'opération bancaire.

Je souscris à ce commentaire.

Prenons par exemple un emprunt à long terme par dépôt à terme ou autrement. La Cour d'appel anglaise a jugé dans *United Dominions Trust v. Kirkwood*²⁰, que la réception d'argent contre des récépissés de dépôt, généralement pour des sommes variant entre £5,000 et £1,000,000 pour des périodes définies de trois, six ou neuf mois n'était pas un élément de l'entreprise bancaire. Selon ce critère, les emprunts de *Pioneer Trust* par certificats de placements garantis ne sont pas une activité bancaire bien qu'ils soient largement pratiqués par les banques à charte et d'autres types d'institutions. Je croirais que ce soit là une activité

²⁰ [1966] 1 All E.R. 968.

banks but it could not be said that, on that account, they should have a monopoly thereon.

The hard core of banking is usually what lawyers will try to circumscribe. The issuance of banknotes intended for circulation would probably have been considered as part of that core in earlier days when the issuance of bank-notes had not become the monopoly of the central bank: it is significant in this regard that in s. 91.15 of the Constitution, legislative jurisdiction over the issue of paper money is linked with jurisdiction over banking and the incorporation of banks. At the present day in England, the features which, according to most, are characteristic of the business of bankers have been described as follows by Lord Denning M.R. in the *United Dominions Trust* case, at p. 975:

(i) they accept money from, and collect cheques for, their customers and place them to their credit; (ii) they honour cheques or orders drawn on them by their customers when presented for payment and debit their customers accordingly. These two characteristics carry with them also a third, namely, (iii) they keep current accounts, or something of that nature, in their books in which the credits and debits are entered.

Those three characteristics are much the same as those stated in *Paget's Law of Banking* (6th Edn.) (1961), p. 8:

"No-one and nobody, corporate or otherwise, can be a 'banker' who does not (i) take current accounts; (ii) pay cheques drawn on himself; (iii) collect cheques for his customers".

It will be noticed that this statement links up with the banking concept of Duff C.J. and Kerwin J. in the *Alberta Statutes Reference* stripped from its economic aspect relating to credit. (See also *In re The District Savings Bank Limited*²¹, at p. 909; *Re The Bottomgate Industrial Co-operative Society*²²; *Bank of Chettinad Limited, of Colombo, v. Commissioner of Income Tax, Colombo*²³. In the *Dominion Trust Company*²⁴, and *La Caisse*

propre aux banques d'épargne mais on ne pourrait dire que, de ce chef, elles devraient en avoir le monopole.

C'est normalement l'essence même des opérations bancaires que les hommes de loi essaieront de circonscrire. Autrefois, avant que cela devienne le monopole de la banque centrale, l'émission des billets de banque aux fins de circulation aurait probablement été considérée comme partie de cette fonction essentielle: il est significatif à cet égard qu'au par. 91.15 de la Constitution la compétence législative sur l'émission du papier-monnaie soit liée à la compétence sur les banques et la constitution des banques. A l'heure actuelle en Angleterre, les traits qui, selon la plupart, sont caractéristiques de l'entreprise des banquiers ont été décrits comme suit par lord Denning, M. R. dans l'arrêt *United Dominions Trust* à la p. 975:

[TRADUCTION] (i) ils acceptent de l'argent de leurs clients, encaissent leurs chèques et les portent à leur crédit; (ii) ils honorent les chèques ou les traites tirés sur eux par leurs clients lorsqu'ils sont présentés à l'encaissement et débitent en conséquence leur client. Ces deux caractéristiques entraînent également une troisième, savoir, (iii) ils tiennent des comptes courants, ou quelque chose du genre, dans leurs livres où sont portés les crédits et les débits.

Ces trois caractéristiques sont à peu près les mêmes que celles énoncées dans *Paget Law of Banking* (6^e éd.) (1961), à la p. 8:

«Nul, que ce soit une personne morale ou physique, ne peut être un «banquier» s'il (i) ne tient pas de comptes courants; (ii) ne paie pas de chèques tirés sur lui-même; (iii) n'encaisse pas de chèques pour ses clients».

On remarquera que cette déclaration rejoint le concept des opérations bancaires du juge en chef Duff et du juge Kerwin dans le *Renvoi relatif aux Lois de l'Alberta*, abstraction faite de son aspect économique au sujet du crédit. (Voir également *In re The District Savings Bank Limited*²¹, à la p. 909; *Re The Bottomgate Industrial Co-operative Society*²²; *Bank of Chettinad Limited, of Colombo, v. Commissioner of Income Tax, Colombo*, *v. Commissioner of Income Tax*,

²¹ (1861), 45 E.R. 907.

²² (1891), 65 L.T. 712.

²³ [1948] A.C. 378.

²⁴ [1918] 3 W.W.R. 1023.

²¹ (1861), 45 E.R. 907.

²² (1891), 65 L.T. 712.

*Populaire Notre-Dame Limitée v. Moyen*²⁵, single judges took the view that a provincial trust company and a provincial credit union could validly provide chequing facilities to their depositors).

Assuming that no corporation can be said to be in the banking business unless it provides its depositors with chequing privileges, it does not follow that these activities are exclusive to the business of banking. I agree, in this respect with what Coyne J.A. said in the *Bergethaler Waisenamt* case at p. 334 that

chequing privileges accorded depositors . . . are characteristic of, and perhaps essential to, banking. But even that does not make them exclusive rights of bankers, even in the absence of prohibition by statute against others carrying them on.

On the whole, I do not think that it is possible, at least for the purpose of this case, to define banking in purely functional terms.

6. The formal and institutional tests

In the United Kingdom, the peculiar status of bankers, their importance at the centre of the financial community, the expectation of the public that it can grant them implicit and utmost confidence have led, given the uncertainty of substantive tests, to various methods to identify or recognise banks and banking by way of formal and institutional means.

Two of these means which are closely connected with each other, have been elaborated in the cases. The first is the holding out of oneself as a banker. The second is one's reputation as a banker. The holding out is evidently aimed at the acquisition of the reputation.

A banker

"must hold himself out as a banker and the public take him as such, "assuming" openly, avowedly and notori-

²⁵ (1967), 61 D.L.R. (2d) 118.

*Colombo*²³. Dans *Dominion Trust Company*²⁴, et *La Caisse populaire Notre-Dame Limitée v. Moyen*²⁵, des juges de première instance ont exprimé l'opinion qu'une compagnie fiduciaire provinciale et une caisse de crédit provinciale pouvaient valablement offrir à leurs déposants un service de chèques).

Si l'on présume qu'on ne peut considérer aucune société comme une entreprise bancaire à moins qu'elle n'accorde à ses déposants le privilège de tirer des chèques, il ne s'ensuit pas que ces activités sont le monopole de l'entreprise bancaire. Je partage, à cet égard, l'opinion que le juge d'appel Coyne a exprimée dans l'arrêt *Bergethaler Waisenamt* à la p. 334:

[TRADUCTION] Le privilège de tirer des chèques accordé aux déposants . . . est caractéristique des opérations bancaires et peut-être essentiel. Mais même cela n'en fait pas le droit exclusif des banquiers, même en l'absence d'un texte de loi interdisant à d'autres d'offrir ce privilège.

Tout bien considéré, je ne crois pas qu'il soit possible, du moins aux fins du présent pourvoi, de définir les opérations bancaires en termes purement fonctionnels.

6. Les critères formels et institutionnels

Au Royaume-Uni, le statut particulier des banquiers, leur importance au centre de la communauté financière, l'attente du public qu'il peut leur accorder une confiance implicite et absolue ont mené, compte tenu de l'incertitude des critères de fond, à diverses méthodes pour identifier ou reconnaître les banques et les opérations bancaires par des moyens formels et institutionnels.

Deux de ces moyens étroitement liés l'un à l'autre ont été élaborés par la jurisprudence. Le premier est le fait pour une personne de se présenter comme banquier. Le second est la réputation de banquier. La présentation vise évidemment à l'acquisition de la réputation.

[TRADUCTION] «il faut qu'il se présente comme banquier, «s'attribuant» ouvertement, explicitement et notoi-

²³ [1948] A.C. 378.

²⁴ [1918] 3 W.W.R. 1023.

²⁵ (1967), 61 D.L.R. (2d) 118.

ously the character of a banker . . .". *Stafford v. Henry*, (1850) 12 Ir. Eq. 400. Quoted by Coyne J.A. in the *Bergethaler Waisenamt* case, p. 335.

*In re Shields' Estate*²⁶, FitzGibbon L.J. wrote at p. 197:

In all his dealings with the public, Shields held his firm out as "Bankers". He so described himself for the purpose of inducing custom and giving dignity to his operations. It may be conceded that people who are not bankers, cannot make themselves so by adopting the name . . . But the name was assumed by Shields, and the Bank of Ireland accepted it as a truthful designation . . . From beginning to end they treated him as a banker. That being so, it is only a question of fact, and one upon which the presumption is in the affirmative, whether there is reasonable evidence to warrant the conclusion that Shields was what he professed to be, and what the Bank of Ireland took him to be, namely a "Banker".

In the *United Dominions Trust* case, Lord Denning M.R. held that the United Dominions Trust, although it had not succeeded in proving that its business, as distinct from its reputation, was effectively a banking business, had discharged the onus of proving that it was a banker because it had established that for a long period of years it had been accepted as having the status of a banker by the banking community and government departments. Harman L.J. dissented from that view on the ground that reputation alone was not enough and that there had to be some performance behind it. Diplock L.J. as he then was, agreed in the result with Lord Denning, with some hesitation, because he could not infer that the witnesses who had established the reputation of United Dominions Trust as a banker had been mistaken as to the substantive factors to be taken into consideration.

In Canada, Parliament has recognized the importance of the holding out test and, in order to prevent individuals or institutions which are not banks from acquiring the reputation of being in the banking business, has enacted s. 157(1) of the *Bank Act*:

157. (1) Every person who, in any language, uses the word "bank", "banker", or "banking", either alone or in

²⁶ [1901] 1 Ir. R. 172.

rement le caractère de banquier et il faut que le public l'accepte comme tel . . .". *Stafford v. Henry*, (1850) 12 Ir. Eq. 400. Cité par le juge d'appel Coyne dans l'arrêt *Bergethaler Waisenamt*, à la p. 335.

*In re Shields' Estate*²⁶, le lord juge FitzGibbon a écrit à la p. 197:

[TRADUCTION] Dans toutes les transactions avec le public, Shields a présenté sa firme comme un établissement de 'banquiers'. Il s'est ainsi présenté lui-même afin d'encourager la clientèle et de donner de la dignité à ses opérations. Sans doute, les gens qui ne sont pas banquiers ne peuvent-ils le devenir en adoptant le nom . . . Mais Shields s'est attribué le nom et la Bank of Ireland l'a accepté comme une désignation juste . . . Du début à la fin elle l'a traité comme un banquier. Cela étant, ce n'est qu'une question de fait, appuyée par une présomption, que de savoir s'il y a suffisamment de preuves pour affirmer que Shields était ce qu'il professait être et ce que la Bank of Ireland a cru qu'il était, à savoir un «banquier».

Dans l'arrêt *United Dominions Trust*, lord Denning, M.R., a jugé que United Dominions Trust, bien qu'elle n'ait pas réussi à prouver que son entreprise, par opposition à sa réputation, était effectivement une entreprise bancaire, avait réussi à établir qu'elle était un banquier parce qu'elle avait démontré que pendant plusieurs années la communauté bancaire et les ministères gouvernementaux lui avaient reconnu le caractère de banquier. Le lord juge Harman a exprimé une opinion dissidente au motif que la réputation, à elle seule, ne suffisait pas et qu'elle devait s'appuyer sur des réalités. Avec une certaine hésitation, le lord juge Diplock, tel était alors son titre, a partagé la conclusion de lord Denning, parce qu'il ne pouvait pas déduire que les témoins qui avaient établi la réputation de banquier de United Dominions Trust avaient mal compris les facteurs de fond dont il fallait tenir compte.

Au Canada, le Parlement a reconnu l'importance de ce critère et, afin d'empêcher les individus ou les institutions qui ne sont pas des banques d'acquérir la réputation d'entreprise bancaire, il a édicté le par. 157(1) de la *Loi sur les banques*:

157. (1) Est coupable d'une infraction à la présente loi quiconque utilise dans quelque langue l'expression

²⁶ [1901] 1 Ir. R. 172.

combination with other words, or any word or words of import equivalent thereto, to indicate or describe his business in Canada or any part of his business in Canada without being authorized so to do by this or any other Act, is guilty of an offence against this Act.

Pioneer Trust is not authorized by the *Bank Act* nor any other Act to use the forbidden words to describe its business or any part thereof including its chequing account service. If Parliament, which is the competent authority in the matter, wishes to prevent members of the public from mistaking any part of the business of *Pioneer Trust* and other trust companies for a banking business, it seems to me that it is because Parliament considers that it is *not* a banking business. I am also of the view that the opinion of Parliament should be considered as decisive in this case.

I am confirmed in this view by the legislative technique used by Parliament in the *Bank Act* to define a chartered bank, (which consists in a list of specific institutions designated by name), together with the definition of a bank for the purposes of every enactment in s. 28 of the *Interpretation Act*, quoted above, and s. 20(3) of the same Act which provides:

No corporation shall be deemed to be authorized to carry on the business of banking unless such power is expressly conferred upon it by the enactment establishing the corporation.

This last provision practically suffices by itself to dispose of the issue. *Pioneer Trust* was established under the *Trust Companies Act* no provision of which expressly authorizes it to carry on the business of banking. If any part of *Pioneer Trust's* business is banking business, then it is unauthorized and ought not to be taken into consideration to remove *Pioneer Trust* from the jurisdiction of the *Board* and bring it under the jurisdiction of the Canada Labour Relations Board as a federal business. If on the other hand *Pioneer Trust's* business is authorized business, it must be because it is deemed not to be banking business.

«banque», «banquier» ou «opérations bancaires», seule ou combinée avec d'autres mots, ou un ou des mots d'un sens équivalent à l'un des susdits, pour indiquer ou décrire ses opérations au Canada ou quelque partie de celles-ci au Canada, sans y être autorisé par la présente ou par quelque autre loi.

Pioneer Trust n'est pas autorisée par la *Loi sur les banques* ni par aucune autre loi à utiliser les mots prohibés pour décrire ses opérations ou une partie de celles-ci y compris son service de comptes de chèques. Si le Parlement, qui est l'autorité compétente sur la question, désire empêcher que le public confonde une partie des opérations de *Pioneer Trust*, comme d'autres compagnies fiduciaires, avec celles d'une entreprise bancaire, il me semble que c'est parce que le Parlement considère qu'il *ne s'agit pas* d'une entreprise bancaire. Je suis également d'avis que l'opinion du Parlement doit être considérée décisive en l'espèce.

Mon opinion est renforcée par la technique législative utilisée par le Parlement dans la *Loi sur les banques* pour définir une banque à charte, (savoir une liste d'institutions nommément désignées), ainsi que par la définition d'une banque donnée à l'art. 28 de la *Loi d'interprétation*, déjà cité, aux fins de chaque texte législatif, et par le par. 20(3) de la même Loi qui dispose:

Aucune corporation n'est censée être autorisée à faire les opérations bancaires, à moins que cette autorisation ne lui soit expressément conférée par le texte législatif qui crée la corporation.

Cette dernière disposition suffit pratiquement en elle-même pour trancher la question. *Pioneer Trust* a été créée en vertu de la *Loi sur les compagnies fiduciaires* dont aucune disposition ne l'autorise expressément à faire les opérations bancaires. Si une partie de l'entreprise de *Pioneer Trust* consiste en opérations bancaires, alors elle n'est pas autorisée et ne devrait pas servir à soustraire *Pioneer Trust* à la compétence du Conseil et l'assujettir, à titre d'entreprise fédérale, à la compétence du Conseil canadien des relations du travail. Si par ailleurs l'entreprise de *Pioneer Trust* est une entreprise autorisée, c'est nécessairement parce qu'elle est réputée ne pas être une entreprise bancaire.

Nobody, let alone *Pioneer Trust*, has suggested that its business is unauthorized. The only part of its business which, in this respect, appears to raise a problem is the taking of deposits coupled with chequing privileges.

Pioneer Trust is given the following powers by s. 63(a), (e), and (k) of the *Trust Companies Act*:

63. The company may

(a) receive money in trust for the purposes herein specified, and invest and accumulate it at such lawful rates of interest as may be obtained therefor;

(e) guarantee repayment of the principal or payment of the interest, or both, of any moneys entrusted to the company for investment, on such terms and conditions as are agreed upon;

(k) receive money on deposit in trust and allow interest thereon from the time of deposit at such rate as may be agreed upon and advance moneys to protect any estate, trust or property entrusted to it as aforesaid, and charge lawful interest upon any such advances, but nothing herein shall be held either to restrict or to extend the powers of the company as trustee or agent under the terms of any trust or agency that may be conferred upon it;

The powers given by s. 63(a) are of the traditional fiduciary type whereas those given by s. 63(e) and (k) are not of that type: they contemplate the guarantee of repayment by the company of moneys entrusted to it for investment and the allowing of interest on deposits in trust at such rate as may be agreed upon. The latter type of powers facilitates the development between a trust company and its depositor of a legal relationship which bears some resemblance with that between a bank and its depositor. To that extent, Professor Hogg's remark, quoted above, is justified. But the point is that these powers, which must be deemed not to be banking powers, are specifically given to *Pioneer Trust* by Parliament.

I fail to see what is to prevent *Pioneer Trust* from concluding with the depositor an agreement under which the money so deposited shall be repayable on demand or short notice (see s. 67 of the *Trust Companies Act*) to the depositor or to some third party if, by way of an appropriate instrument, the trust company is requested so to do

Personne, encore moins *Pioneer Trust*, n'a prétendu que son entreprise n'était pas autorisée. La seule partie de son entreprise qui, à cet égard, semble poser un problème, est la réception de dépôts avec privilège de tirer des chèques.

La *Loi sur les compagnies fiduciaires* donne à *Pioneer Trust*, aux al. 63a), e) et k) les pouvoirs suivants:

63. La compagnie peut

a) recevoir en fiducie des montants d'argent pour les fins énoncées aux présentes et les placer et accumuler aux taux légitimes d'intérêt qui peuvent en être obtenus;

e) garantir le remboursement du principal ou l'acquittement des intérêts, ou l'un et l'autre, de toutes sommes à elles confiées pour placement à des termes et conditions convenus;

k) recevoir des fonds déposés en fiducie et, à compter de la date du dépôt, payer l'intérêt sur ces fonds au taux qui peut être convenu, et avancer des fonds pour protéger quelque succession, fiducie ou propriété à elle confiée comme il est susdit, et exiger l'intérêt légal sur ces avances; sauf que rien aux présentes ne doit être réputé restreindre ou étendre les pouvoirs de la compagnie en sa qualité de fiduciaire ou d'agent d'après les conditions de toute fiducie ou agence qui peut lui être confiée;

Les pouvoirs conférés par l'al. 63a) sont du type fiduciaire traditionnel alors que ceux donnés par les al. 63e) et k) ne sont pas de ce type: ils prévoient la garantie du remboursement par la compagnie de toute somme à elle confiée pour placement et le paiement d'intérêt sur les fonds en fiducie au taux convenu. Ce dernier type de pouvoirs facilite l'établissement entre une compagnie fiduciaire et le déposant d'une relation juridique qui ressemble un peu à celle qui existe entre une banque et le déposant. Dans cette mesure, la remarque précitée du professeur Hogg est justifiée. Mais le fait est que ces pouvoirs, qui sont réputés ne pas être des pouvoirs bancaires, sont spécifiquement conférés à *Pioneer Trust* par le Parlement.

Je ne vois pas ce qui empêche *Pioneer Trust* de conclure avec le déposant une entente en vertu de laquelle l'argent ainsi déposé devient payable sur demande ou bref avis (voir l'art. 67 de la *Loi sur les compagnies fiduciaires*) au déposant ou à un tiers si, au moyen d'un effet de commerce approprié, le déposant requiert la compagnie fiduciaire

by the depositor. I also fail to see what is to prevent a trust company from undertaking to collect negotiable instruments on behalf of its depositor and place them to his credit. There is nothing against public policy in such undertakings, and, so far as I know, no statutory prohibition in the *Bank Act*, the *Bills of Exchange Act* or any other Act. It would take a provision much more specific than s. 20(3) of the *Interpretation Act* to render such agreements unlawful.

I accept the submission made on behalf of the Attorney General for New Brunswick that, to resolve the issue, we should adopt an institutional approach. Such an approach, it is true, emphasizes formal tests. But, in the case at bar, these tests are bolstered by the consideration of the substantive factors referred to above. I agree with the contention which I quote from the factum of the Attorney General for New Brunswick that

“Banking” involves a set of interrelated financial activities carried out by an institution that operates under the nomenclature and terms of incorporation which clearly identify it as having the distinctive institutional character of a bank.

There are several reasons for adopting such an approach.

First, it is the approach taken by Parliament, and federal legislation may properly be considered as an aid to constitutional interpretation: *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons*²⁷, at p. 116.

Second, it is an approach which was also taken by the Courts: in most instances where provincial legislation was found *ultra vires* on the ground that it impinged upon exclusive federal authority over banking, there has also been an attempt to regulate or to interfere with the business of established banks: the *Alberta Bank Taxation* case; the *Bank Deposits* case; *Attorney General for Alberta v. Attorney-General for Canada*²⁸, (the *Alberta Bill of Rights* case).

²⁷ (1881), 7 App. Cas. 96.

²⁸ [1947] A.C. 503.

de le faire. Je ne vois pas non plus ce qui empêche une compagnie fiduciaire de s'engager à encaisser les effets de commerce au nom du déposant et de les porter à son crédit. Il n'y a rien de contraire à l'ordre public dans de tels engagements, et, pour autant que je sache, il n'existe pas d'interdiction dans la *Loi sur les banques*, dans la *Loi sur les lettres de change* ni dans aucune autre Loi. Il faudrait une disposition beaucoup plus précise que le par. 20(3) de la *Loi d'interprétation* pour rendre illégales de telles ententes.

Je retiens la prétention exposée au nom du procureur général du Nouveau-Brunswick que, pour résoudre la question, il faut l'aborder sous l'angle institutionnel. Cette méthode, il est vrai, met l'accent sur les critères formels. Mais, en l'espèce, ces critères sont appuyés des facteurs de fond susmentionnés. Je suis d'accord avec la prétention suivante tirée du mémoire du procureur général du Nouveau-Brunswick:

[TRADUCTION] Les «opérations bancaires» comprennent un ensemble d'activités financières intimement reliées exercées par une institution qui est exploitée selon les modalités d'une charte qui lui reconnaissent clairement le caractère institutionnel distinctif d'une banque.

Plusieurs raisons justifient l'adoption de cette méthode.

Premièrement, c'est la méthode adoptée par le Parlement, et l'on peut correctement considérer la législation fédérale comme aide à l'interprétation constitutionnelle: *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons*²⁷, à la p. 116.

Deuxièmement, c'est une méthode qui a également été adoptée par les tribunaux: dans la plupart des cas où une loi provinciale a été jugée *ultra vires* pour le motif qu'elle empiétait sur l'autorité fédérale exclusive sur les banques, on avait également tenté de régir les banques établies ou d'intervenir dans leur entreprise: l'arrêt *Alberta Bank Taxation*; l'arrêt *Bank Deposits*; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*²⁸, (l'arrêt *Alberta Bill of Rights*).

²⁷ (1881), 7 App. Cas. 96.

²⁸ [1947] A.C. 503.

Third, it is an approach which is particularly appropriate in a case where what has to be decided is whether a given institution falls within the concept of banking as a business, and not whether a legislative enactment is constitutionally depending on its relationship to banking within the meaning of s. 91.15 of the Constitution. The characterization of legislation and the characterization of a business are not identical processes. Legislation for instance, may be divisible whereas a business as a going concern is indivisible and must stand or fall as a whole on one side of the constitutional line or the other. The concept of banking as a business and the meaning of the word "banking" in s. 91.15 are not necessarily co-extensive; the meaning of "banking" in the section might very well be wider than the concept of banking as a business. Some of the reasons for such distinction have been explained by Latham C.J. in *Bank of New South Wales v. The Commonwealth*²⁹, (the *Australian Banking* case) at p. 195:

I agree with the argument of the plaintiffs that the acquisition of a share in a bank by any person (whether a bank or not) is not itself a banking operation, and similarly that the purchase by any person, whether a bank or not, of assets from a bank is not itself a banking operation and that the taking over of the business of another bank probably would not be described as a banking "transaction". But a law which controls such matters is a law dealing with the business of banking, because such matters affect the conduct and control of the business and are things which may be done from time to time in the course of the business of banking, although they are not banking transactions between a banker and a customer. It is easy to give examples of laws which are laws having a most immediate relation to banking and which are therefore laws with respect to banking, though they do not deal with banker-customer relations as such. Among such laws would be a law requiring a bank to have a certain minimum capital or to maintain a percentage of uncalled capital, or a law prescribing the persons who may be allowed to hold bank shares, e.g. excluding bankrupts, or a law preventing banks in certain circumstances from disposing of their assets, or a law prescribing permissible forms of investment by banks. A law dealing with the management and staffing of banks would be a law relating to essential elements in the business of banking though not

²⁹ (1948), 76 C.L.R. 1.

Troisièmement, c'est une méthode qui est particulièrement appropriée dans une affaire où la question à trancher est de savoir si l'entreprise d'une institution donnée correspond à la notion d'entreprise d'opérations bancaires, et non de savoir si un texte législatif a constitutionnellement rapport aux banques au sens du par. 91.15 de la Constitution. La qualification de la législation n'obéit pas aux mêmes règles que celle de l'entreprise. La loi, par exemple, peut être divisible tandis qu'une entreprise active est indivisible et doit se trouver entièrement d'un côté ou de l'autre de la ligne de démarcation constitutionnelle. Le mot «banque» dans l'expression «entreprise d'opérations de banque» et le mot «banques» au par. 91.15 n'ont pas nécessairement la même portée. Le sens de «banques» à ce paragraphe pourrait très bien déborder la notion d'opérations bancaires. Le juge en chef Latham dans *Bank of New South Wales v. The Commonwealth*²⁹, (l'arrêt *Australian Banking*) à la p. 195, a expliqué certains motifs de cette distinction:

[TRADUCTION] Je souscris à l'argument des demandeurs que l'acquisition d'une action d'une banque par une personne (banque ou autre) ne constitue pas en soi une opération bancaire et, de même, que l'achat d'éléments d'actif d'une banque par une personne, banque ou autre, ne constitue pas en soi une opération bancaire et que la prise en charge de l'entreprise d'une autre banque ne serait sans doute pas non plus une opération bancaire. Mais une loi qui régit ces opérations est une loi qui porte sur l'entreprise bancaire parce que ces opérations ont des répercussions sur la conduite et le contrôle de l'entreprise et sont des activités qui peuvent être exercées à l'occasion dans le cours de l'entreprise bancaire, bien qu'elles ne soient pas des opérations bancaires entre un banquier et un client. Il est facile de donner des exemples de lois qui ont un rapport très immédiat avec les opérations bancaires et qui sont donc des lois relatives aux opérations bancaires, bien qu'elles ne portent pas sur les relations banquier-client comme telles. On situerait parmi ces lois une loi exigeant qu'une banque ait un certain capital minimum ou maintienne un pourcentage de capital non libéré, ou une loi prévoyant quelles personnes peuvent détenir des actions d'une banque, par ex. en excluant les faillis, ou une loi qui empêcherait les banques, dans certaines circonstances, de disposer de leur actif, ou une loi prévoyant les types de placements permis à une banque, ou une loi qui porte sur la

²⁹ (1948), 76 C.L.R. 1.

dealing with any transactions between any bank and any customer.

(Judicial opinions on the constitutional meaning of the word "banking" in Australia should carry some weight in Canada because s. 51(xiii) of the *Commonwealth of Australia Constitution*, 1900, 63-64 Vict., c. 12 (U.K.) is, except for a reference to State Banking, identical to s. 91.15 of the Canadian Constitution and, as was noted by some Australian judges, seems to have been inspired by the latter. It reads:

(xiii) Banking, other than State banking; also State banking extending beyond the limits of the State concerned, the incorporation of banks, and the issue of paper money;

Latham C.J. was dissenting in part in the *Australian Banking* case but, more than his views on the nature of banking, one of the main reasons for his partial dissent would appear to have been his interpretation of another provision of the Australian Constitution, s. 92, relating to the freedom of trade, commerce and intercourse among the States, of which there is no exact counterpart in the Canadian Constitution. The majority view on one of the issues raised in the *Australian Banking* case was upheld in an opinion of the Judicial Committee: *Commonwealth of Australia v. Bank of New South Wales*³⁰.

One of the earliest pronouncements on the meaning of banking in Canadian constitutional law is to be found in *Tennant v. Union Bank of Canada*³¹, where Lord Watson wrote, at p. 46, that "banking", is

an expression which is wide enough to embrace every transaction coming within the legitimate business of a banker.

This statement was again referred to in more recent times: the *Bank Deposits* case at p. 42 and the *Alberta Bill of Rights* case at p. 517.

³⁰ [1950] A.C. 235.

³¹ [1894] A.C. 31.

direction et le personnel des banques; toutes seraient des lois relatives à des éléments essentiels de l'entreprise bancaire sans porter sur des opérations entre une banque et son client.

(Les opinions judiciaires sur la signification constitutionnelle du mot «banques» en Australie devraient avoir une certaine importance au Canada parce que le par. 51(xiii) de la *Commonwealth of Australia Constitution*, 1900, 63, 64 Vict., chap. 12 (R.-U.) est, sauf la mention des banques d'État, identique au par. 91.15 de la Constitution canadienne et, comme l'ont fait remarquer certains juges australiens, il semble avoir été inspiré par ce dernier. En voici le texte:

[TRADUCTION] (xiii) les banques, autres que les banques d'État mais y compris les banques d'État exploitées à l'extérieur de leur État, l'incorporation des banques et l'émission du papier-monnaie;

Le juge en chef Latham était partiellement dissident dans l'arrêt *Australian Banking* mais, plus que son opinion sur la nature des opérations bancaires, une des principales raisons de sa dissidence partielle semble avoir été son interprétation d'une autre disposition de la Constitution australienne, l'art. 92, sur la liberté des échanges, du commerce et des relations entre les États, dont il n'existe aucun pendant exact dans la Constitution canadienne. L'opinion majoritaire sur l'une des questions posées dans l'arrêt *Australian Banking* a été confirmée par le Comité judiciaire: *Commonwealth of Australia v. Bank of New South Wales*³⁰.

Un des premiers arrêts sur le sens d'opérations bancaires en droit constitutionnel canadien est *Tennant v. Union Bank of Canada*³¹, où lord Watson a écrit, à la p. 46, que «opérations bancaires» est

[TRADUCTION] une expression suffisamment large pour comprendre toute opération entrant dans l'entreprise légitime d'un banquier.

Cet énoncé a de nouveau été cité plus récemment: l'arrêt *Bank Deposits* à la p. 42 et l'arrêt *Alberta Bill of Rights* à la p. 517.

³⁰ [1950] A.C. 235.

³¹ [1894] A.C. 31.

Appellants have relied upon that expression of opinion but I do not think it helps them. It cannot be read literally for it would then mean for instance that the borrowing of money or the lending of money, with or without security, which come within the legitimate business of a great many other types of institutions as well as of individuals, would, in every respect, fall under the exclusive legislative competence of Parliament. Such a result was never intended. But Lord Watson was then speaking of the federal legislative authority with respect to institutions which had been chartered as banks and his statement makes sense if understood in institutional terms. Take the business of money-lending on the security of mortgages. This operation was not previously open to banks and, because of the problem of liquidity, would have frightened nineteenth-century bankers. That it became open to banks did not mean that it was transformed into a banking operation so that all the institutions such as loan companies, trust companies like *Pioneer Trust* and individuals who were heavily engaged in this type of transactions found themselves suddenly plunged into the banking business. It could not be contended either that the provincial legislatures had lost their jurisdiction over the law of mortgages, mortgage companies and their employees. It would be more accurate to say that it was the banks which were beginning a non-banking type of activity, but it is a well-established principle that federal undertakings may be empowered by Parliament to engage in business under provincial jurisdiction: the *Empress Hotel* case; the *Jasper Park Lodge* case.

The same comments and qualifications might apply to other loans made by banks.

7. The objection of the exclusiveness rule

Only one serious objection to the institutional approach can be raised and it has been raised by counsel for the Attorney General of Canada. It is based on the exclusiveness of federal legislative powers relating to Banking and the Incorporation of Banks. It was contended that provincial legislative jurisdiction and the extent and applicability of

Les appelantes ont invoqué cette expression d'opinion mais je ne crois pas qu'elle leur soit utile. On ne peut l'interpréter littéralement car cela signifierait, par exemple, que les emprunts ou les prêts d'argent, avec ou sans garantie, ce qui fait partie de l'entreprise légitime de plusieurs autres types d'institutions ainsi que des particuliers, relèveraient, à tout point de vue, de la compétence législative exclusive du Parlement. On n'a jamais voulu un tel résultat. Mais lord Watson parlait alors du pouvoir législatif fédéral sur les institutions qui avaient été établies comme banques à charte et son énoncé est compréhensible s'il est interprété en termes institutionnels. Prenons par exemple le prêt d'argent garanti par hypothèque. Autrefois, les banques ne pouvaient effectuer cette opération qui, en raison du problème de la liquidité, aurait effrayé les banquiers du dix-neuvième siècle. Le fait que cette opération soit devenue accessible aux banques ne l'a pas transformée en opération bancaire de sorte que toutes les institutions, telles les compagnies de prêts, les compagnies fiduciaires comme *Pioneer Trust*, et les particuliers qui effectuent dans une large mesure ce type de transactions se soient trouvés eux-mêmes soudainement plongés dans l'entreprise bancaire. On ne pourrait non plus prétendre que les législatures provinciales ont perdu leur compétence sur le droit des hypothèques, sur les compagnies de prêt hypothécaire et leurs employés. Il serait plus exact de dire que ce sont les banques qui se sont lancées dans un type d'activités non bancaires, mais c'est un principe bien établi que le Parlement peut permettre à des entreprises fédérales d'exploiter des affaires de compétence provinciale: l'arrêt *Empress Hotel*; l'arrêt *Jasper Park Lodge*.

Les mêmes commentaires et réserves pourraient s'appliquer à d'autres prêts effectués par les banques.

7. L'objection tirée de la règle de l'exclusivité

Il n'y a qu'une seule objection sérieuse à la méthode institutionnelle. Elle est fondée sur l'exclusivité du pouvoir législatif fédéral sur les «banques» et «l'incorporation des banques» et elle a été élevée par l'avocat du procureur général du Canada. Il a prétendu que la compétence législative provinciale de même que l'étendue et l'appli-

provincial legislation cannot depend on the abstinence of Parliament from legislating to the full limit of its exclusive powers. The *Union Colliery* and *Commission du Salaire Minimum* cases were relied upon.

I do not think this objection is valid in this case.

Legislative jurisdiction involves certain powers of definition which are not unlimited but which, depending on the particular manner in which they are exercised, may affect other jurisdictional fields.

For instance, Parliament has exclusive legislative jurisdiction over the Establishment, Maintenance, and Management of Penitentiaries under s. 91.28 of the Constitution, and each Province has exclusive legislative jurisdiction over the Establishment, Maintenance and Management of Public and Reformatory Prisons in and for the Province, under s. 92.6. At present, the line of demarcation between the two appears to depend in part upon federal legislation such as s. 659 of the *Criminal Code*.

Another example is provided by the legal status of the Eskimo inhabitants of Quebec. They are not Indians under the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 4(1), but they are Indians within the contemplation of s. 91.24 of the Constitution: *Reference as to whether "Indians" in s. 91(24) of the B.N.A. Act includes Eskimo inhabitants of the Province of Quebec*³². Should Parliament bring them under the *Indian Act*, provincial laws relating to descent of property and to testamentary matters would cease to apply to them and be replaced by the provisions of the *Indian Act* relating thereto.

Parliament having chosen to exercise its jurisdiction over Banking and the Incorporation of Banks from an institutional aspect rather than in functional terms, as was perhaps unavoidable, did not necessarily exhaust its exclusive jurisdiction; but it left institutions which it did not characterize as being in the banking business to the operation of provincial labour laws.

³² [1939] S.C.R. 104.

cabilité de la loi provinciale ne pouvaient dépendre de l'omission du Parlement de légiférer jusqu'à la limite de son pouvoir exclusif. Il a invoqué les arrêts *The Union Colliery* et *Commission du Salaire Minimum*.

Je ne crois pas que cette objection soit valide en l'espèce.

La compétence législative comporte certains pouvoirs de définition qui ne sont pas illimités mais, selon la façon particulière dont on les exerce, peuvent toucher à d'autres domaines de compétence.

Par exemple, le Parlement a une compétence législative exclusive sur l'établissement, le maintien et l'administration des pénitenciers en vertu du par. 91.28 de la Constitution et chaque province a une compétence législative exclusive sur l'établissement, l'entretien et l'administration des prisons publiques et des maisons de réforme dans la province, en vertu du par. 92.6. Jusqu'à présent, la ligne de démarcation entre les deux semble dépendre en partie de la législation fédérale, tel l'art. 659 du *Code criminel*.

Le statut juridique des Esquimaux du Québec fournit un autre exemple. Ils ne sont pas des Indiens au sens de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6 par. 4(1), mais ils sont des Indiens dans l'optique du par. 91.24 de la Constitution: *Renvoi sur la question de savoir si le mot «Indiens» au par. 91.24 de l'A.A.N.B. comprend les Esquimaux de la province de Québec*³². Si le Parlement décidait de les assujettir à la *Loi sur les Indiens*, les lois provinciales sur les successions et les testaments cesseraient de leur être applicables et seraient remplacées par les dispositions de la *Loi sur les Indiens* à ce sujet.

Le Parlement ayant choisi d'exercer sa compétence sur les banques et la constitution des banques d'un point de vue institutionnel plutôt qu'en termes fonctionnels, comme c'était peut-être inévitable, n'a pas nécessairement épuisé sa compétence exclusive; mais il a laissé aux provinces le soin de régir les relations du travail dans le cadre des institutions qu'il n'a pas qualifiées d'entreprises bancaires.

³² [1939] R.C.S. 104.

8. Conclusion

To summarize and conclude.

The relationship of *Pioneer Trust* with its customers is of a fiduciary nature and several of its operations appertain to the business of a trust company. A great many of its other operations are not characteristic of the banking business although they are also carried on by chartered banks. The one operation carried on by *Pioneer Trust* which may be characteristic of the banking business, the chequing account service, is not exclusive to the business of banking. And finally, Parliament, which is the competent constitutional authority in matters of banks and banking, considers that *Pioneer Trust* is not a bank and that its business is not the banking business. Hence, *Pioneer Trust* is not in the business of banking.

The appeal should be dismissed with costs. There should be no order as to cost for or against the intervenors.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Richard P. Rendek & Associates, Regina.

Solicitors for the respondent, Saskatchewan Joint Board Retail, Wholesale and Department Store Union: Goldenberg & Taylor, Saskatoon.

Solicitors for the respondent, Labour Relations Board of Saskatchewan: Pedersen, Norman, McLeod & Todd, Regina.

8. Conclusion

Pour résumer et conclure.

La relation entre *Pioneer Trust* et ses clients est de nature fiduciaire et plusieurs de ses opérations relèvent de l'entreprise d'une compagnie fiduciaire. Un grand nombre de ses autres opérations ne sont pas caractéristiques de l'entreprise bancaire bien qu'elles soient également effectuées par des banques à charte. La seule opération effectuée par *Pioneer Trust* qui peut être caractéristique de l'entreprise bancaire, le service de comptes de chèques, n'est pas exclusive à l'entreprise bancaire. Et finalement, le Parlement qui est l'autorité constitutionnelle compétente en matière de banques et d'opérations bancaires, considère que *Pioneer Trust* n'est pas une banque et que son entreprise n'est pas une entreprise bancaire. Donc, *Pioneer Trust* n'est pas une entreprise bancaire.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens en faveur des intervenants ou contre eux.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes: Richard P. Rendek & Associates, Regina.

Procureurs de l'intimé, Saskatchewan Joint Board Retail, Wholesale and Department Store Union: Goldenberg & Taylor, Saskatoon.

Procureurs de l'intimé, le Conseil des relations du travail de la Saskatchewan: Pedersen, Norman, McLeod & Todd, Regina.

Kenneth Robert Chromiak *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1979: October 16; 1979: November 20.

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

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF ALBERTA, APPELLATE DIVISION

Criminal law — Police officer suspecting accused might be impaired driver — Demand for breath sample for road-side testing — Refusal to comply without presence of lawyer — Accused at no time "detained" within meaning of Canadian Bill of Rights, 1960 (Can.), c. 44, s. 2(c) — No reasonable excuse for failure to comply — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234.1(2).

The appellant was charged that he failed to comply with a demand made to him by a peace officer under s. 234.1(2) of the *Criminal Code* and was convicted by a Provincial Court judge. The appellant then appealed his conviction to the District Court of Alberta and his appeal was allowed and the conviction quashed. On appeal by the Crown, the Alberta Court of Appeal allowed the appeal and restored the conviction and sentence of the Court of first instance. The appellant then appealed from the judgment of the Court of Appeal to this Court.

The accused had been driving his car in an erratic manner and was stopped by a peace officer. After asking the accused to perform some sobriety tests, and suspecting that he might be an impaired driver, the officer read him the road-side test demand to provide a breath sample into an approved screening device. The appellant appeared to understand the demand, but was continually asking questions. The appellant then refused to provide a sample of his breath, stating that he wanted his lawyer present on the street before he did any tests. The peace officer thereafter wrote out an appearance notice for impaired driving and refusing to provide a breath sample into the road-side testing device, and the appellant was permitted to leave with a companion who drove his motor vehicle.

Held: The appeal should be dismissed.

The submission that when the appellant brought his vehicle to a stop in compliance with a signal from the

Kenneth Robert Chromiak *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1979: 16 octobre; 1979: 20 novembre.

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

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

Droit criminel — Accusé soupçonné par un agent de la paix de conduire alors que ses facultés étaient affaiblies — Sommé de soumettre un échantillon d'haleine pour fin d'analyse immédiate — Refus d'obtempérer en l'absence d'un avocat — L'accusé n'a jamais été «détenu» au sens de la Déclaration canadienne des droits, 1960 (Can.), chap. 44, art. 2c) — Aucune excuse raisonnable au refus d'obtempérer à la demande — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.1(2).

L'appellant a été accusé d'avoir refusé d'obtempérer à une demande qu'un agent de la paix lui a faite en vertu du par. 234.1(2) du *Code criminel*. Déclaré coupable par un juge de la Cour provinciale, l'appellant a interjeté appel devant la Cour de district d'Alberta. L'appel a été accueilli et la déclaration de culpabilité annulée. Le ministère public a appelé de ce jugement devant la Cour d'appel d'Alberta qui a accueilli l'appel et rétabli la déclaration de culpabilité et la sentence prononcée par le tribunal de première instance. L'appellant a alors interjeté appel devant cette Cour de l'arrêt de la Cour d'appel.

L'accusé, qui conduisait sa voiture de façon déconcertante, a été arrêté par un agent de la paix. Après lui avoir demandé de se soumettre à quelques tests de sobriété, l'agent, soupçonnant que les facultés de l'accusé pouvaient être affaiblies, lui a lu la sommation de soumettre un échantillon d'haleine pour fin d'analyse immédiate. L'appellant a paru comprendre mais il posait continuellement des questions. Il a refusé en déclarant qu'il ne se soumettrait à aucun test à moins que son avocat ne soit présent dans la rue. L'agent de la paix a alors rédigé un avis de comparution pour répondre de l'accusation d'avoir conduit avec les facultés affaiblies et d'avoir refusé d'obtempérer à la demande de soumettre un échantillon d'haleine pour une analyse immédiate. L'appellant a, par après, été autorisé à partir avec son compagnon qui a pris le volant.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

On ne peut retenir l'argument selon lequel lorsque l'appellant a arrêté son véhicule en réponse à un signal de

peace officer and during the time when the peace officer, with the appellant's ready co-operation, subjected him to certain sobriety tests and subsequently read him the "road-side tester demand to provide a breath sample", the appellant was being "detained" within the meaning of s. 2(c) of the *Canadian Bill of Rights*, and that this detention afforded him "reasonable excuse" for refusing to comply with the demand to provide a breath sample within the meaning of s. 234.1(1) of the *Criminal Code* could not be accepted.

The words "detain" and "detention" as they are used in s. 2(c) of the *Bill of Rights* connote some form of compulsory restraint. The language of s. 2(c)(iii) which guarantees to a person "the remedy of *habeas corpus* for the determination of the validity of his detention and for his release if the detention is not lawful" clearly contemplates that any person "detained" within the meaning of the section is one who has been detained by due process of law. This construction is supported by reference to ss. 28(2)(b), 30, 136(a), 248 and 250 of the *Criminal Code* where the words "to detain" are consistently used in association with actual physical restraint. In the present case, the appellant, after he had co-operated in furnishing the preliminary sobriety tests, was allowed to go away and he was at no time detained.

The appellant was not a person who had while "arrested or detained" been deprived of the right to "retain counsel without delay", and there was no reasonable excuse for his failure to comply with the demand made to him by the peace officer.

Brownridge v. The Queen, [1972] S.C.R. 926; *Hogan v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 574, distinguished; *R. v. Ballegeer*, [1969] 3 C.C.C. 353; *R. v. MacDonald* (1974), 22 C.C.C. (2d) 350, referred to.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Alberta, Appellate Division¹, allowing an appeal from a judgment of McFayden D.C.J. and restoring the appellant's conviction on a charge of failing to comply with a demand that he provide a breath sample for analysis in a road-side screening device contrary to s. 234.1(2) of the *Criminal Code*. Appeal dismissed.

W. J. Shymko, for the appellant.

W. Henkel, Q.C., for the respondent.

¹ (1979), 14 A.R. 222.

l'agent de la paix et pendant le temps où celui-ci, avec la collaboration de l'appelant, a soumis ce dernier à certaines épreuves de sobriété et lui a subséquemment lu la «demande de fournir un échantillon de son haleine pour une analyse immédiate», l'appelant était «détenu» au sens de l'al. 2c) de la *Déclaration canadienne des droits* et selon lequel cette détention constituait une «excuse raisonnable» pour refuser d'obtempérer à la demande de fournir un échantillon d'haleine au sens du par. 234.1(1) du *Code criminel*.

Les mots «détenir» et «détention» employés à l'al. 2c) de la *Déclaration des droits* se rapportent à une certaine forme de contrainte. Le texte du sous-al. 2c)(iii), qui garantit à une personne le «recours par voie d'*habeas corpus* pour qu'il soit jugé de la validité de sa détention et que sa libération soit ordonnée si la détention n'est pas légale», envisage clairement que la personne «détenue» que vise l'article est une personne qui est détenue en vertu de l'application régulière de la loi. Cette interprétation est renforcée par les art. 28(2)b), 30, 136a), 248 et 250 de la version anglaise du *Code criminel* dans lesquels les mots «to detain» sont constamment employés en rapport avec une véritable contrainte physique. Dans la présente affaire, après que l'appelant eut collaboré en se soumettant aux tests préliminaires de sobriété, on lui a permis de s'en aller; il n'a en aucun temps été détenu.

L'appelant n'était pas une personne qu'on a privée de son droit de «retenir et constituer un avocat sans délai» alors qu'elle était «arrêtée ou détenue» et il n'y a aucune excuse raisonnable à son refus d'obtempérer à la demande de l'agent de la paix.

Jurisprudence: *Brownridge c. La Reine*, [1972] R.C.S. 926; distinction faite avec l'arrêt *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574; *R. v. Ballegeer*, [1969] 3 C.C.C. 353; *R. v. MacDonald* (1974), 22 C.C.C. (2d) 350.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême d'Alberta¹ qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge McFayden de la Cour de district et rétabli la déclaration de culpabilité de l'appelant sur une accusation d'avoir refusé d'obtempérer à une demande de fournir un échantillon d'haleine pour fin d'analyse immédiate, le tout contrairement au par. 234.1(2) du *Code criminel*. Pourvoi rejeté.

W. J. Shymko, pour l'appelant.

W. Henkel, c.r., pour l'intimée.

¹ (1979), 14 A.R. 222.

The judgment of the Court was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal from a judgment of the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta allowing an appeal from a judgment of McFayden J., in the District Court, and restoring the conviction entered against the appellant by His Honour Judge Forbes in the Provincial Judges Court on a charge that the appellant

“... on or about the 17th day of September 1977 at the City of Edmonton in the Province of Alberta, without reasonable excuse, did unlawfully fail to comply with a demand made to him by a peace officer under s. 234.1(2) of the *Criminal Code*.”

At the trial before Judge Forbes it was admitted on behalf of the appellant that the facts read into the record by the Crown constituted the whole of the evidence in this case. In view of the fact that each case involving the construction and effect to be given to s. 234.1(2) and s. 235 of the *Criminal Code* is dependent on the particular facts giving rise to the alleged offence, I think it desirable that the admitted evidence should be reproduced in full. The following statement of facts was read into the record in accordance with the agreement of counsel:

Your Honour, at approximately 3:55 a.m., Sergeant Tidridge noted a 1977 Volaré, red over black, travel south on 50th Street; and as it turned east onto 114th Avenue, it nearly ran over the southeast curb. The vehicle straightened out; and then Sergeant Tidridge paid particular attention to it as it travelled east on 114th Avenue. It was seen that the vehicle had a distinct weave inasmuch as it moved from side to side a complete vehicle width. It took approximately a 100 feet to accomplish this weave; and as it did so, it moved completely to the left of the unmarked center line and then to the right, almost striking cars parked at the south curb, 114th Avenue. Sergeant Tidridge applied the interior red light of the police vehicle, and noted that, although the vehicle reacted almost immediately, it took a long time to finally come to a halt, spending some time edging along the

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE RITCHIE—Le présent pourvoi attaque un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême d'Alberta qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge McFayden de la Cour de district et rétabli la déclaration de culpabilité que le juge Forbes de la Provincial Judges Court avait prononcée contre l'appellant sur une accusation

[TRADUCTION] «... d'avoir, le 17 septembre 1977 ou vers cette date, dans la ville d'Edmonton dans la province d'Alberta, sans excuse raisonnable, refusé d'obtempérer à une demande qu'un agent de la paix lui a faite en vertu du par. 234.1(2) du *Code Criminel*.»

Au procès devant le juge Forbes, l'avocat de l'appellant a admis que les faits présentés par le ministère public constituaient toute la preuve dans cette affaire. Vu que chaque affaire portant sur l'interprétation et l'effet à donner au par. 234.1(2) et à l'art. 235 du *Code criminel* repose sur les faits particuliers qui lui ont donné naissance, j'estime utile de reproduire en entier les aveux qui constituent la preuve. L'exposé des faits qui figure au dossier conformément à l'entente entre les avocats se lit comme suit:

[TRADUCTION] Votre Honneur, vers 3h55, le sergent Tidridge a remarqué une Volaré 1977, de couleur rouge et noir, qui se dirigeait vers le sud sur la 50^e rue; lorsque cette voiture a tourné vers l'est sur la 114^e avenue, elle a failli passer par dessus la bordure du trottoir du côté sud-est. L'automobile s'est redressée; le sergent Tidridge l'a observée avec une attention particulière alors qu'elle se dirigeait vers l'est sur la 114^e avenue. L'automobile zigzagait de façon visible; elle se déplaçait d'un côté à l'autre sur toute sa largeur. Ce mouvement de zigzag complet se faisait sur une distance d'environ 100 pieds; la voiture se déportait complètement à la gauche du milieu de la rue puis vers la droite, passant très près de voitures stationnées en bordure du trottoir sud de la 114^e avenue. Le sergent Tidridge a actionné le clignotant intérieur rouge du véhicule de police et a observé que bien que l'auto-

curb before finally coming to this stop.

Sergeant Tidridge approached the driver's door and the accused stepped from the vehicle, staggering slightly as he did so. On closer checking, Sergeant Tidridge noted his breath smelled strongly of an intoxicating liquor; beer, as a matter of fact. He was asked whether he was drinking: He denied it; produced his documents plus one credit card; did this without too much difficulty. He was not exactly sure of where he was, but he was not lost. He was driving a friend home.

Sergeant Tidridge asked the accused to perform some sobriety tests, the first one being the balance test; and he had to sort of jog to keep his balance. Walking was fair: Asked him to walk ten paces; some slight sway from normal. Turning wasn't done. Finger to nose touch, finger to nose test: he did quite well. The tests were carried out on a dry, paved road surface. His attitude was co-operative. Speech was noted to be slurred.

Sergeant Tidridge felt that the accused might be an impaired driver and he was read the road-side tester demand to provide a breath sample into a road-side approved testing device. He appeared to understand but was continually asking questions. Sergeant Tidridge explained the best he could. He, in essence, refused, saying he wanted his lawyer present on the street before he did any tests. Sergeant Tidridge wrote out an appearance notice for impaired driving and requested that the accused sign the same and indicated that it was an offence not to do so, and that he was merely signing a receipt of receiving an appearance notice. He declined to sign the appearance notice; as a result, Sergeant Tidridge just gave him the appearance notice without having it signed. And in view of the fact that there was a companion of the accused that was sober, he was allowed to go.

All this took place in the City of Edmonton, in the Province of Alberta. The vehicle was

mobile ait réagi presque tout de suite, elle ne s'est pas immobilisée immédiatement, mais a continué à longer la bordure du trottoir avant de s'arrêter.

Le sergent Tidridge s'est approché de la portière du conducteur et l'accusé est descendu du véhicule en titubant légèrement. Arrivé plus près, le sergent Tidridge a remarqué que l'haleine de l'accusé dégageait une forte odeur de boisson alcoolique: plus précisément, une odeur de bière. Il lui a demandé s'il avait bu; il l'a nié. Il a produit ses documents ainsi qu'une carte de crédit; il a pu s'exécuter sans grande difficulté. Il ne savait pas au juste où il se trouvait, mais il n'était pas perdu. Il reconduisait un ami.

Le sergent Tidridge a demandé à l'accusé de se soumettre à quelques tests de sobriété, d'abord celui de l'équilibre. L'accusé a dû pour ainsi dire marcher en sautillant pour garder son équilibre. Le test de la marche a été bon. On lui a demandé de marcher dix pas; il a dévié un peu de la normale. Il ne s'est pas retourné. Il a réussi assez bien l'épreuve de se toucher le nez avec le doigt. Les tests ont été faits sur la rue qui était pavée et sèche. L'accusé a manifesté une attitude de collaboration. On a remarqué qu'il articulait mal.

Le sergent Tidridge a pensé que les facultés de l'accusé pouvaient être affaiblies et il lui a lu la sommation de soumettre un échantillon d'haleine pour fin d'analyse immédiate. Il a paru comprendre mais il posait continuellement des questions. Le sergent Tidridge a expliqué du mieux qu'il a pu. L'accusé, en substance, a refusé en déclarant qu'il ne se soumettrait à aucun test à moins que son avocat ne soit présent dans la rue. Le sergent Tidridge a rédigé un avis de comparution pour répondre de l'accusation d'avoir conduit avec les facultés affaiblies. Il a demandé à l'accusé de signer cet avis et lui a indiqué qu'un refus constituait une infraction. Il lui a expliqué qu'il ne s'agissait que d'un reçu concernant l'avis de comparaître. L'accusé a refusé de signer l'avis; le sergent Tidridge lui a alors remis l'avis sans qu'il soit signé. Il a ensuite laissé partir l'accusé étant donné que son compagnon était sobre.

Tout cela s'est passé dans la ville d'Edmonton, dans la province d'Alberta. L'automobile a été

checked and found to be, as one would expect with a 1977 vehicle, in excellent condition. It was left in the care of the friend.

That's the facts, Your Honour.

The defence rested upon the effect to be given to s. 234.1 of the *Criminal Code* in light of s. 2(c)(ii) of the *Canadian Bill of Rights*. Section 2 of that enactment reads in part 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 . . .

(c) deprive a person who has been arrested or detained . . .

(ii) of the right to retain and instruct counsel without delay, or

(iii) of the remedy by way of *habeas corpus* for the determination of the validity of his detention and for his release if the detention is not lawful;

Section 234.1 subs. (2) under which the appellant is charged in the present case is to be read in the context of s. 234.1 subs. (1). These subsections read as follows:

234.1(1) Where a peace officer reasonably suspects that a person who is driving a motor vehicle or who has the care or control of a motor vehicle, whether it is in motion or not, has alcohol in his body, he may, by demand made to that person, require him to provide forthwith such a sample of his breath as in the opinion of the peace officer is necessary to enable a proper analysis of his breath to be made by means of an approved road-side screening device and, where necessary, to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample of his breath to be taken.

(2) Every one who, without reasonable excuse, fails or refuses to comply with a demand made to him by a peace officer under subsection (1) is guilty of an indictable offence or an offence punishable on summary conviction and is liable

(a) for a first offence, to a fine of not more than two thousand dollars and not less than fifty dollars or to imprisonment for six months or to both;

vérifiée et trouvée en excellent état comme on pouvait s'attendre d'un modèle 1977. On l'a laissée à la garde de l'ami.

Ce sont là les faits, Votre Honneur.

La défense se fonde sur l'effet à donner à l'art. 234.1 du *Code criminel* en regard du sous-al. 2c)(ii) de la *Déclaration canadienne des droits*. L'article 2 de la *Déclaration* se lit en partie comme suit:

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 . . .

c) privant une personne arrêtée ou détenue . . .

(ii) du droit de retenir et constituer un avocat sans délai, ou

(iii) du recours par voie d'*habeas corpus* pour qu'il soit jugé de la validité de sa détention et que sa libération soit ordonnée si la détention n'est pas légale;

Le paragraphe 234.1(2) en vertu duquel l'appelant est accusé doit se lire dans le contexte du par. 234.1(1). Ces paragraphes se lisent comme suit:

234.1(1) L'agent de la paix qui a des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans le sang du conducteur d'un véhicule à moteur ou de celui qui en a la garde à l'arrêt, peut lui demander de lui soumettre sur-le-champ tout échantillon d'haleine qu'il estime nécessaire pour procéder à une analyse convenable au moyen d'un alcooltest approuvé et de le suivre, si nécessaire, pour permettre de prélever cet échantillon.

(2) Quiconque, sans excuse raisonnable, refuse de donner l'échantillon prévu au paragraphe (1) est coupable d'un acte criminel ou d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité et est passible

a) pour la première infraction, d'une amende de cinquante à deux mille dollars et d'un emprisonnement de six mois, ou de l'une de ces peines;

- (b) for a second offence, to imprisonment for not more than one year and not less than fourteen days; and
- (c) for each subsequent offence, to imprisonment for not more than two years and not less than three months.

As Mr. Justice Clement said in the course of the reasons for judgment which he delivered on behalf of the Appeal Division:

Section 234.1 has an operational relationship to s. 235 and is cast in a similar language mold. The relevant cases on the latter section require examination for such assistance as they may afford.

In fact the penalty provisions (subs. (2)) of the two sections are identical and the essential difference between the two sections is that s. 234.1 provides procedure requiring the driver of a motor vehicle to provide breath samples for analysis in a roadside screening device, whereas in s. 235 the procedure relates to the furnishing of a sample for analysis by a qualified technician. For the purposes of the present appeal I share the view of Mr. Justice Clement that the cases which have been decided in relation to s. 235 are relevant for consideration here.

The contention advanced on behalf of the appellant, and supported by the reasons for judgment of the learned trial judge was that when the appellant brought his vehicle to a stop in compliance with a signal from the peace officer and during the time when the peace officer, with the appellant's ready co-operation, subjected him to certain sobriety tests and subsequently read him the "road-side tester demand to provide a breath sample", the appellant was being "detained" within the meaning of s. 2(c) of the *Bill of Rights*, and that this detention afforded him "reasonable excuse" for refusing to comply with the demand to provide a breath sample within the meaning of s. 234.1(1) of the *Criminal Code*.

The main issues raised by the appellant's defence are:

- (1) Did the circumstances in which he refused to supply a sample of his breath to the peace officer afford him a "reasonable

- b) pour la deuxième infraction, d'un emprisonnement de quatorze jours à un an; et
- c) pour chaque infraction subséquente, d'un emprisonnement de trois mois à deux ans.

Comme l'a dit le juge Clement dans les motifs de jugement qu'il a prononcés au nom de la Division d'appel:

[TRADUCTION] L'article 234.1 a un lien avec l'art. 235 et il est formulé en des termes semblables. Il est donc utile d'étudier les arrêts qui portent sur ce dernier article pour préciser le sens du premier.

Les peines prévues (par. (2)) par les deux articles sont les mêmes et la différence essentielle entre les deux dispositions est que l'art. 234.1 crée une procédure pour obliger le conducteur d'un véhicule à moteur à fournir des échantillons d'haleine pour une analyse immédiate, alors que la procédure prévue à l'art. 235 vise un échantillon pour fin d'analyse par un technicien qualifié. En ce qui regarde le présent pourvoi, je partage l'avis du juge Clement que les arrêts rendus sur l'art. 235 sont pertinents.

L'argument proposé pour l'appellant et appuyé par les motifs de jugement du savant juge de première instance est que lorsque l'appellant a arrêté son véhicule en réponse au signal de l'agent de la paix et pendant le temps où celui-ci, avec la collaboration de l'appellant, a soumis ce dernier à certaines épreuves de sobriété et lui a subséquemment lu la «demande de fournir un échantillon de son haleine pour une analyse immédiate», l'appellant était «détenu» au sens de l'al. 2c) de la *Déclaration canadienne des droits* et que cette détention constituait une «excuse raisonnable» pour refuser d'obtempérer à la demande de fournir un échantillon d'haleine au sens du par. 234.1(1) du *Code Criminel*.

Les questions principales que soulève la défense de l'appellant sont les suivantes:

- (1) Les circonstances dans lesquelles il a refusé de fournir un échantillon de son haleine à l'agent de la paix permettent-elles de con-

excuse” for such refusal within the meaning of s. 234.1(1) of the *Criminal code*?

- (2) Was he at any time “arrested or detained” by the peace officer within the meaning of s. 2(c)(ii) of the *Bill of Rights*?

In support of the contention that the circumstances here afforded a “reasonable excuse” to the appellant for his refusal to comply with the peace officer’s request for a sample of his breath, reliance is placed on the judgment of this Court in *Brownridge v. The Queen*², where it was held that the denial of the right to retain and instruct counsel without delay to an accused person who is under arrest and in jail afforded that person reasonable excuse for refusing to comply with the demand made pursuant to s. 235(2).

It will be readily appreciated that the circumstances of the *Brownridge* case are startlingly different from those disclosed by the statement of facts read into the record in the present case. In the case of *Brownridge* he had been arrested and was being held in the police cells at the time when his request to instruct counsel was refused, whereas in the present case the appellant, having complied with the peace officer’s “sobriety tests” was allowed to go away and was not thereafter detained. The difference between the two cases constitutes a striking example of the following proposition stated by Freedman J.A., as he then was, in *R. v. Ballegeer*³, at p. 355, where he said:

There may be cases in which a debatable question arises as to whether the accused’s right of communicating with his lawyer was unduly delayed or hampered by the police. Such a question would have to be resolved upon its particular facts, with due regard to matters of time, place, availability of means of communication, and the like. This, however, is not such a case; in my view no debatable question arises.

² [1972] S.C.R. 926.

³ [1969] 3 C.C.C. 353.

clure à une «excuse raisonnable» de son refus au sens de l’art. 234.1(1) du *Code Criminel*?

- (2) A-t-il été à quelque moment «arrêté ou détenu» par l’agent de la paix au sens du sous-al. 2c)(ii) de la *Déclaration canadienne des droits*?

A l’appui de la prétention que les circonstances de l’espèce constituaient une «excuse raisonnable» qui lui permettait de refuser d’obtempérer à la demande de l’agent de la paix visant à obtenir un échantillon d’haleine, l’appelant a invoqué l’arrêt de cette Cour dans *Brownridge c. La Reine*², qui a décidé que la privation du droit d’un prévenu, en état d’arrestation et en prison, de retenir et constituer un avocat sans délai constituait pour cette personne une excuse raisonnable pour refuser d’obtempérer à une demande faite en vertu du par. 235(2).

On conviendra sans difficulté que les circonstances de l’affaire *Brownridge* sont très différentes de celles révélées dans l’exposé des faits qui constitue la preuve dans la présente affaire. En effet, *Brownridge* avait été arrêté et était détenu en cellule au poste de police au moment où on a refusé sa demande de constituer un avocat, alors que dans la présente affaire on a laissé partir l’appelant qui avait accepté de subir «le test de sobriété» de l’agent de la paix et on ne l’a pas détenu subséquemment. La différence entre les deux affaires illustre de façon frappante l’affirmation suivante du juge Friedman, alors juge puîné de la Cour d’appel, dans l’arrêt *R. v. Ballegeer*³ à la p. 355:

[TRADUCTION] Dans certains cas, on peut se demander si les policiers ont indûment retardé ou entravé le droit de l’accusé de communiquer avec son avocat. Cette question dépend des faits particuliers de l’affaire et on doit tenir compte, pour la résoudre, de facteurs tels que l’heure, l’endroit, la disponibilité de moyens de communication et ainsi de suite. Ce n’est toutefois pas le cas en l’espèce; à mon avis, la question n’admet aucun débat.

² [1972] R.C.S. 926.

³ [1969] 3 C.C.C. 353.

The case of *Hogan v. The Queen*⁴ to which reference was also made in the Courts below, like *Brownridge*, is clearly distinguishable from the present case. There the initial demand for a sample of breath was made on the highway and it was only after the accused had complied with the peace officer's request to accompany him to the police station that the accused stated that he wanted to see his lawyer before giving the breath sample. In the result the sample was given upon the constable advising the accused that he had no right to see anybody before giving it. Under these circumstances, the evidence of the result of the breath test was admitted at trial.

In support of the contention that the appellant was "arrested" or "detained" within the meaning of s. 2(c) of the *Bill of Rights* when he refused to comply with the peace officer's demand, reliance is placed on behalf of the appellant on the judgment of the Supreme Court of Nova Scotia in *R. v. MacDonald*⁵, where MacDonald J.A. stated at p. 356:

Parliament in using the words "arrested or detained" in s. 2(c) of the *Canadian Bill of Rights* contemplated different situations because although arrest includes detention, detention does not necessarily include arrest.

It appears to me to be obvious that the word "detention" does not necessarily include arrest, but the words "detain" and "detention" as they are used in s. 2(c) of the *Bill of Rights*, in my opinion, connote some form of compulsory restraint and I think that the language of s. 2(c) (iii) which guarantees to a person "the remedy of *habeas corpus* for the determination of the validity of his detention and for his release if the detention is not lawful", clearly contemplates that any person "detained" within the meaning of the section is one who has been detained by due process of law. This construction is supported by reference to ss. 28(2)(b), 30, 136(a), 248 and 250 of the *Criminal Code* where the words "to detain" are consistently used in association with actual physical restraint.

De même, la présente affaire se distingue de l'arrêt *Hogan c. La Reine*⁴, qui a été cité devant les cours d'instance inférieure. Dans cette affaire-là, la première demande d'échantillon d'haleine a été faite sur la route et ce n'est qu'après avoir obtempéré à la demande de l'agent de la paix de l'accompagner au poste de police que le prévenu a déclaré qu'il voulait voir son avocat avant de fournir l'échantillon d'haleine. Finalement, le prévenu a fourni l'échantillon après que le constable lui eut déclaré qu'il n'avait le droit de voir personne avant de le fournir. Dans ces circonstances on a admis comme preuve au procès le résultat de l'analyse.

A l'appui de la prétention que l'appelant était «arrêté» ou «détenu» au sens de l'al. 2c) de la *Déclaration canadienne des droits* lorsqu'il a refusé d'obtempérer à la demande de l'agent de la paix, on a invoqué l'arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, *R. v. MacDonald*⁵. Dans cet arrêt le juge Macdonald a dit, à la p. 356:

[TRADUCTION] L'emploi des expressions «arrêtée ou détenue» au sous-al. 2c) de la *Déclaration canadienne des droits* indique que le Parlement visait des situations différentes parce que, bien que l'arrestation comprenne la détention, la détention ne comprend pas nécessairement l'arrestation.

Il me paraît évident que le mot «détention» ne comprend pas nécessairement l'arrestation, mais les mots «détenir» et «détention» employés à l'al. 2c) de la *Déclaration canadienne des droits* se rapportent, à mon avis, à une certaine forme de contrainte et je crois que le texte du sous-al. 2c)(iii), qui garantit à une personne le «recours par voie d'*habeas corpus* pour qu'il soit jugé de la validité de sa détention et que sa libération soit ordonnée si la détention n'est pas légale», envisage clairement que la personne «détenue» que vise l'article est une personne qui est détenue en vertu de l'application régulière de la loi. Cette interprétation est renforcée par les art. 28(2)(b), 30, 136(a), 248 et 250 de la version anglaise du *Code Criminel* dans lesquels les mots «to detain» sont constamment employés en rapport avec une véritable contrainte physique.

⁴ [1975] 2 S.C.R. 574.

⁵ (1974), 22 C.C.C. (2d) 350.

⁴ [1975] 2 R.C.S. 574.

⁵ (1974), 22 C.C.C. (2d) 350.

I agree with the Court of Appeal that the following observations made by Pigeon J. in the *Brownridge* case are pertinent to s. 234.1(1) and to the facts disclosed in this case. Notwithstanding the fact that Mr. Justice Pigeon spoke in the course of a dissenting opinion, I do not think that this statement is in any way in variance to the principle to which I have just referred. Mr. Justice Pigeon said, at pp. 943 and 944:

The legal situation of a person who, on request, accompanies a peace officer for the purpose of having a breath test taken is not different from that of a driver who is required to allow his brakes to be inspected or to proceed to a weighing machine under s. 39(6) or s. 78(3) of the *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1970, c.202. Such a person is under a duty to submit to the test. If he goes away, or attempts to go away, to avoid the test, he may be arrested and charged but this does not mean that he is under arrest until this happens. He is merely obeying directions that police officers are entitled to issue. Motorists cannot reasonably expect to be allowed to seek legal advice before complying with such orders. Police officers are fully justified in treating as a definitive refusal a refusal to comply until legal advice is obtained.

Does s. 2(c)(ii) of the *Bill of Rights* alter the common law situation with respect to motorists requested to submit to a test required by the *Criminal Code* as opposed to tests required by provincial legislation? I do not think so. The provision under consideration applies to "a person who has been arrested or detained". Such is not, it appears to me, the legal situation of one who has been required "to accompany" a peace officer for the purpose of having a breath test taken. The test may well be negative and, in such a case, it would be quite wrong to say that this person was arrested or detained and then released. Detained means held in custody as is apparent from such provision as s. 15 of the *Immigration Act*, R.S.C. 1970, c.1-2.

The observations of Macdonald J.A. in *R. v. MacDonald, supra*, are to be read in light of the fact that in the result he allowed the Crown's appeal and made the following statement at p. 358:

In the case at bar it is my opinion that the *right* of the respondent to retain and instruct counsel was *not* abridged or infringed. In order for such right to be

Je suis d'accord avec la Cour d'appel que les remarques suivantes du juge Pigeon dans l'arrêt *Brownridge* sont pertinentes au par. 234.1(1) et aux faits de la présente affaire. Bien que le juge Pigeon ait exprimé une opinion dissidente, je ne crois pas que ses remarques s'écartent du principe que je viens de mentionner. Le juge Pigeon a dit aux pp. 943 et 944:

La situation juridique de celui qui, sur demande, suit un agent de la paix pour qu'un test de l'haleine soit effectué ne diffère pas de celle d'un conducteur qui est tenu de laisser quelqu'un inspecter ses freins ou de se diriger vers une balance pour que soit pesé son véhicule en vertu du par. (6) de l'art. 39 ou du par. (3) de l'art. 78 du *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1970, c. 202. Il est tenu de se soumettre au test. S'il part, ou essaie de partir, pour éviter le test, il peut être arrêté et inculpé mais cela ne veut pas dire qu'il a été jusqu'à ce moment-là en état d'arrestation. Il n'a fait que se conformer à des directives que les agents de police sont autorisés à donner. Les automobilistes ne peuvent pas raisonnablement s'attendre d'être autorisés à demander un avis juridique avant d'obtempérer à ces ordres. Les agents de police sont pleinement justifiés de traiter comme un refus définitif le refus d'obtempérer tant qu'un avis juridique n'est pas obtenu.

Le sous-alinéa (ii) de l'alinéa (c) de l'art. 2 de la *Déclaration des droits* modifie-t-il la situation en *common law*, en ce qui concerne les automobilistes que l'on somme de se soumettre au test requis par le *Code criminel*, par opposition aux tests requis par la législation provinciale? Je ne le crois pas. La disposition à l'étude s'applique à «une personne arrêtée ou détenue». Telle n'est pas, me semble-t-il, la situation juridique de celui de qui l'on a exigé qu'il suive un agent de la paix pour qu'un test de l'haleine soit effectué. Il se peut fort bien que le test soit négatif, et en pareil cas, il serait bien erroné de dire que cette personne a été arrêtée ou détenue, puis libérée. «Détenue» signifie gardé, comme il ressort de dispositions telles que l'art. 15 de la *Loi sur l'immigration*, S.R.C. 1970, c. 1-2.

Il faut lire les remarques du juge Macdonald dans l'arrêt *R. v. MacDonald*, précité, en regard de sa conclusion qui accueille l'appel du ministère public, et de ce qu'il dit à la p. 358:

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, je suis d'avis que le *droit* de l'intimé de retenir ou de constituer un avocat *n'a pas* été restreint ou enfreint. La *Déclaration*

abridged or infringed some overt act would appear to be required and indeed, contemplated by the *Canadian Bill of Rights*. No such overt act existed here. What occurred was that although the *right* to retain and instruct counsel was not abridged or infringed, the respondent was *unable* to exercise the right due to his inability to make contact with any of the three lawyers he telephoned. It must also be remembered that *before* refusing to comply with the demand given him by Constable Brown he apparently abandoned his efforts and hence his request to contact counsel and advised Constable Brown that for the reason, *inter alia*, that he had been unsuccessful in contacting any of the three lawyers he had tried to reach by telephone that he was not in effect going to comply with the demand.

In the present case after the appellant had co-operated in furnishing the preliminary sobriety tests he was allowed to go away, and as I have indicated, I am of opinion that he was at no time detained.

In view of all the above, I have concluded that the appellant was not a person who had, while "arrested or detained" been deprived of the right to "retain and instruct counsel without delay" and I am unable to find any reasonable excuse for his failure to comply with the demand made to him by the peace officer.

I would accordingly dismiss this appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Bassie, Shymko & Kantor, Edmonton.

Solicitor for the respondent: W. Henkel, Edmonton.

canadienne des droits paraît exiger, pour que ce droit soit restreint ou enfreint, qu'il y ait un acte manifeste. Dans la présente affaire, il n'y a eu aucun acte manifeste. Bien que le *droit* de retenir et de constituer un avocat n'ait pas été restreint ou enfreint, l'intimé a été *incapable* d'exercer ce droit parce qu'il n'a pu rejoindre aucun des trois avocats qu'il a tenté d'appeler. On doit aussi se rappeler qu'*avant* de refuser d'obtempérer à la demande du constable Brown, il a apparemment abandonné ses efforts et, partant, sa demande de se mettre en rapport avec son avocat et il a informé le constable Brown qu'il n'allait pas obtempérer à sa demande pour le motif, *entre autres*, qu'il n'avait réussi à rejoindre aucun des trois avocats qu'il avait tenté d'appeler.

Dans la présente affaire, après que l'appellant eut collaboré en se soumettant aux tests préliminaires de sobriété, on lui a permis de s'en aller et, comme je l'ai déjà mentionné, je suis d'avis qu'il n'a en aucun temps été détenu.

Vu tout ce qui précède, j'ai conclu que l'appellant n'était pas une personne qu'on a privée de son droit de «retenir et constituer un avocat sans délai» alors qu'elle était «arrêtée ou détenue» et je suis incapable de trouver une excuse raisonnable à son refus d'obtempérer à la demande de l'agent de la paix.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appellant: Bassie, Shymko & Kantor, Edmonton.

Procureur de l'intimée: W. Henkel, Edmonton.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Claude Dwyer and Richard Lauzon
Respondents.

1979: May 31, June 1; 1979: June 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Trial — Election by accused — Re-election — Whether accused properly re-elected trial by judge alone — Compliance with Code provisions — Criminal Code, ss. 492, 496.

Respondents, Dwyer and Lauzon, were convicted on indictment of receiving and giving a bribe respectively under s. 109 of the *Code*. The Court of Appeal quashed the conviction and ordered a new trial because, the accused not having elected or re-elected in the manner prescribed by the *Code* for trial by judge alone, the trial and convictions were a nullity. The issue raised on appeal is whether there was an effective re-election.

Respondents were charged under an information consisting of one count and committed to trial. Other informations were outstanding with reference to them but no other preliminary hearing was held although counsel agreed that the preliminary hearing and the evidence there taken would apply to the other outstanding matters. An indictment dated November 29, 1976, containing six counts was ultimately preferred. On December 22, 1976, Lauzon through counsel advised the sheriff at Ottawa of his wish to re-elect trial by judge alone. On January 10, 1977, counsel for both accused appeared to fix a date for election and trial. In an affidavit counsel for Lauzon stated that the letter of December 22 was written "to the Sheriff's office" to say that both co-accused would be re-electing trial by judge alone. While this may have been sworn in error it was not contradicted in the record and the letter was apparently acknowledged and relied upon by counsel for both accused before Weatherston J. and thereafter before the late Garrett J. The trial began before Garrett J. on February 8, 1977, when there was *inter alia* a discussion as to election proceedings. Counsel for both accused indicated that they regarded the matter as properly before the judge alone. On appeal the Crown position

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Claude Dwyer et Richard Lauzon *Intimés.*

1979: 31 mai, 1^{er} juin; 1979: 21 juin.

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

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

Droit criminel — Procès — Choix par les accusés — Nouveau choix — Le nouveau choix fait par les accusés d'être jugés par un juge seul est-il régulier? — Respect des dispositions du Code — Code criminel, art. 492, 496.

Les intimés, Dwyer et Lauzon, ont été déclarés coupables, sur acte d'accusation, d'avoir respectivement reçu et donné un pot-de-vin en contravention de l'art. 109 du *Code*. La Cour d'appel a infirmé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès pour le motif que le procès et les déclarations de culpabilité étaient entachés de nullité vu que les accusés n'avaient pas fait leur choix ou leur nouveau choix d'être jugés par un juge seul de la façon que prescrit le *Code*. La question est de savoir si les intimés ont effectivement fait un nouveau choix.

Les intimés ont été accusés dans une dénonciation qui comprenait un seul chef d'accusation et par suite de laquelle ils ont été renvoyés pour subir leur procès. D'autres dénonciations les visaient mais elles n'ont fait l'objet d'aucune autre enquête préliminaire; les avocats ont toutefois convenu que l'enquête préliminaire qui avait été tenue et la preuve qu'on avait recueillie s'appliqueraient aux autres dénonciations. Finalement, le 29 novembre 1976, un acte d'accusation contenant six chefs d'accusation a été présenté. Dans une lettre signée par son avocat le 22 décembre 1976, Lauzon a fait connaître au shérif d'Ottawa son désir de faire un nouveau choix pour subir son procès devant un juge seul. Le 10 janvier 1977, les avocats des deux accusés ont comparu afin de fixer une date pour le choix et le procès. Dans un affidavit, l'avocat de Lauzon déclare que la lettre du 22 décembre a été envoyée «au bureau du shérif» pour lui notifier que les deux coaccusés choisissaient d'être jugés par un juge seul. Bien qu'il puisse s'agir d'une erreur, il demeure que rien au dossier ne vient contredire l'affidavit et il appert que les avocats des deux accusés ont reconnu et invoqué la lettre devant le juge Weatherston et puis devant feu le juge Garrett. Le procès a débuté devant le juge Garrett, le 8 février 1977; il y eut, entre

was that either there had been an effective re-election in compliance with s. 492 of the *Code* or that there was an express waiver by the accused of a jury trial. The Court of Appeal however was of opinion that in the absence of a re-election the trial judge was precluded from trying the case without a jury. That Court rejected any notion of substantial compliance with s. 492 or that the respondents had waived their right to re-election.

Held: The appeal should be allowed.

The appeal turns on the precise meaning of the s. 492 when read as a whole. In this case there was no question of substantial compliance because the respondents had complied precisely with the provisions of the section and in the sequence prescribed.

Section 492(1) creates a right in an accused to re-elect to be tried by a judge without a jury. The accused expressed desire(s) to re-elect, both accused attended at the time and place fixed by subs. (2) for trial, and, after the charge had been read, made the election prescribed by subs. (1). There is no question that such an election can be made through counsel in the presence of the accused, as was done here. There was therefore a proper re-election. Further, while s. 496 provides that following a re-election a new indictment in Form 4 shall be preferred by the Attorney General or his agent the failure to prefer such after re-election rather than proceeding on the old indictment did not affect the validity of the proceedings particularly since here the indictment was already in Form 4.

Finally, while s. 492(3) provides that "after the charge upon which he has been committed for trial . . . has been read to him" the accused shall "be put to his election", this should be interpreted as requiring the accused to hear *the actual charge with which he is faced* before he is required to make his election as to the mode of trial. The Court of Appeal erred in its conclusion that the initial charge, i.e., the one contained in the information was the charge which had to be read to the accused and that following re-election the new indictment preferred pursuant s. 496 "would have been prepared and formed the basis of the trial".

[*R. v. Caccamo*, [1973] 2 O.R. 367, 11 C.C.C. (2d) 249, 21 C.R.N.S. 83, aff'd [1976] 1 S.C.R. 786, 21 C.C.C. (2d) 257, 54 D.L.R. (3d) 685 approved; *R. v.*

autre, une discussion sur les procédures concernant le choix. Les avocats des deux coaccusés ont reconnu la compétence dans cette affaire du juge sans jury. Le ministère public fait valoir en appel que les accusés ont effectivement fait un nouveau choix conformément à l'art. 492 du *Code* ou qu'ils ont expressément renoncé à un procès devant jury. La Cour d'appel est toutefois d'avis qu'en l'absence d'un nouveau choix, le juge de première instance ne peut entendre la cause sans jury. La Cour a écarté toute notion de respect en substance de l'art. 492 ou le thèse que les intimés avaient renoncé à leur droit de faire un nouveau choix.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

Le sort de ce pourvoi repose sur le sens de l'art. 492 pris dans son ensemble. Il n'est pas question ici de respect en substance parce que les intimés ont précisément respecté les dispositions de l'article et ce, dans l'ordre que prescrit cet article.

Le paragraphe 492(1) donne le droit à un accusé de faire un nouveau choix d'être jugé par un juge sans jury. Les accusés ont exprimé leur désir de faire un nouveau choix; ils se sont tous deux présentés aux temps et lieu fixés en vertu du par. (2) pour le procès et, après lecture de l'accusation, ont fait le choix décrit au par. (1). Il est clair que les avocats peuvent faire ce choix en présence des accusés comme ils l'ont fait en l'espèce. Le nouveau choix des accusés était donc régulier. De plus, même si l'art. 496 prévoit que le procureur général, ou son représentant, doit présenter un acte d'accusation selon la formule 4, il demeure que l'omission de présenter un nouvel acte d'accusation après le nouveau choix plutôt que de procéder sur l'acte d'accusation déjà présenté ne touche pas la validité des procédures. Ceci est encore plus vrai puisqu'en l'espèce l'acte d'accusation a été rédigé en la forme prescrite par la formule 4.

Enfin, le par. 492(3) qui dispose que «après que lecture lui a été faite de l'inculpation sur laquelle il a été renvoyé pour subir son procès . . . » le prévenu doit «être appelé à faire son choix . . . » doit être interprété comme exigeant que l'accusé entende *l'accusation même à laquelle il doit répondre* avant qu'on lui demande de faire son choix quant au mode de procès. La Cour d'appel a commis une erreur en concluant que l'accusation initiale, c'est-à-dire celle que contenait la dénonciation, était celle qu'il fallait lire à l'accusé et qu'après le nouveau choix, le nouvel acte d'accusation présenté en vertu de l'art. 496 «aurait été préparé et aurait servi de fondement au procès».

[Jurisprudence: arrêt approuvé: *R. c. Caccamo*, [1973] 2 O.R. 367, 11 C.C.C. (2d) 249, 21 C.R.N.S. 83, confirmé [1976] 1 R.C.S. 786, 21 C.C.C. (2d) 257, 54

Moreau, [1979] 1 S.C.R. 261, 89 D.L.R. (3d) 449, 42 C.C.C. (2d) 525, 23 N.R. 541 referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ allowing appeals by the accused from convictions for accepting a bribe and bribing a police officer contrary to s. 109(a) and (b) of the *Criminal Code*. Appeal allowed, convictions restored.

David H. Doherty, for the appellant.

Morris Manning, Q.C., for the respondent Dwyer.

Clayton C. Ruby, for the respondent Lauzon.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—The respondents, Dwyer and Lauzon, were convicted of receiving and giving a bribe respectively under s. 109 of the *Criminal Code* pursuant to an indictment preferred in the Supreme Court of Ontario, by Garrett J. sitting without a jury. The Court of Appeal quashed the conviction and ordered a new trial on the principal ground that the accused, not having elected or re-elected in the manner prescribed by the *Criminal Code* for trial by judge alone, the trial and convictions were a nullity.

The issue raised by the Crown on this appeal is simply whether there was an effective re-election by the respondents of trial of the charges brought against them by a judge sitting without a jury. This issue calls for the interpretation of many of the procedural provisions in the *Criminal Code* relating to the preferring of indictments, the forum for the trial of certain offences including those under s. 109 of the *Criminal Code* and the many inter-related provisions concerning the rights of the accused to elect and to re-elect forum and mode of trial. I propose to dispose of the appeal with reference to the latter provisions only because if the respondents have in law re-elected, as submitted by the Crow, trial by judge sitting without a jury, it is unnecessary to proceed to the other issues raised by the respondents.

¹ (1978), 42 C.C.C. (2d) 83.

D.L.R. (3d) 685; *R. c. Moreau*, [1979] 1 R.C.S. 261, 89 D.L.R. (3d) 449, 42 C.C.C. (2d) 525, 23 N.R. 541.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ qui a accueilli les appels interjetés par les accusés de déclarations de culpabilité sur une accusation d'avoir reçu et donné un pot-de-vin à un agent de la paix en contravention des al. 109a) et b) du *Code criminel*. Pourvoi accueilli, déclarations de culpabilité rétablies.

David H. Doherty, pour l'appelante.

Morris Manning, c.r., pour l'intimé Dwyer.

Clayton C. Ruby, pour l'intimé Lauzon.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—Sur une accusation portée devant la Cour suprême de l'Ontario, le juge Garrett, siégeant sans jury, a déclaré les intimés Dwyer et Lauzon coupables d'avoir respectivement reçu et donné un pot-de-vin en contravention de l'art. 109 du *Code criminel*. La Cour d'appel a infirmé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès pour le motif principal que le procès et les déclarations de culpabilité étaient entachés de nullité vu que les accusés n'avaient pas fait leur choix ou leur nouveau choix d'être jugés par un juge seul de la façon que prescrit le *Code criminel*.

En l'espèce, le ministère public soulève la question de savoir si les intimés ont effectivement fait un nouveau choix d'être jugés par un juge sans jury sur les accusations portées contre eux. Cette question exige l'interprétation de plusieurs dispositions du *Code criminel* concernant la procédure relative à la façon de porter les accusations et aux tribunaux compétents pour juger certaines infractions, notamment celles visées à l'art. 109 du *Code criminel*, ainsi que l'interprétation des nombreuses dispositions interdépendantes concernant le droit de l'accusé de choisir le tribunal et le mode de procès. Je me propose de trancher le pourvoi en rapport seulement avec ces dernières dispositions parce que, si les intimés ont, en droit, choisi d'être jugés par un juge sans jury, comme le soutient le ministère public, il n'est pas nécessaire de répondre aux autres questions soulevées par eux.

¹ (1978), 42 C.C.C. (2d) 83.

The principal provision with which we are here concerned is s. 492 which provides:

492. (1) Where an accused has elected or is deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury, the accused may notify the sheriff in the territorial division in which he is to be tried that he desires to re-elect under this section,

- (a) to be tried by a judge without a jury; or
- (b) if he has the consent in writing of the Attorney General or counsel acting on his behalf, to be tried by a magistrate without a jury.

(2) A sheriff who receives a notice and a consent, if required, pursuant to subsection (1) shall forthwith inform a judge or magistrate having jurisdiction and the judge or magistrate, as the case may be, shall fix a time and place for the accused to re-elect and shall cause notice thereof to be given to the accused.

(3) The accused shall attend or, if he is in custody, shall be produced at the time and place fixed under subsection (2) and shall, after the charge upon which he has been committed for trial or ordered to stand trial has been read to him,

- (a) if the notice states that the accused desires to re-elect to be tried by a judge without a jury, be put to his election in the following words:

You have elected or are deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury. Do you now elect to be tried by a judge without a jury?

or

- (b) if the notice states that the accused desires to re-elect to be tried by a magistrate without a jury, be put to his election in the following words:

You have elected or are deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury. Do you now elect to be tried by a magistrate without a jury?

(4) Where an accused elects under this section to be tried by a judge without a jury or a magistrate without a jury, the judge or magistrate, as the case may be, shall proceed with the trial or fix a time and place for the trial.

(5) Where an accused who desires to re-elect to be tried by a judge without a jury does not notify the sheriff in accordance with subsection (1) more than fourteen days before the day fixed for the opening of the sittings or session of the court sitting with a jury by

La disposition principale qui nous concerne est l'art. 492 qui prévoit:

492. (1) Lorsqu'un prévenu a choisi ou est censé avoir choisi d'être jugé par une cour composée d'un juge et d'un jury, il peut notifier au shérif de la circonscription territoriale où il doit subir son procès qu'il désire faire un nouveau choix, aux termes du présent article,

- a) pour être jugé par un juge sans jury; ou,
- b) s'il a le consentement écrit du procureur général ou du procureur agissant au nom de ce dernier, pour être jugé par un magistrat sans jury.

(2) Un shérif qui reçoit une notification et un consentement, si le consentement est requis, en conformité du paragraphe (1), doit aussitôt informer un juge ou un magistrat ayant juridiction et le juge ou le magistrat, selon le cas, doit fixer le temps et le lieu où le prévenu pourra effectuer un nouveau choix et il doit en faire donner avis au prévenu.

(3) Le prévenu doit se présenter ou s'il est sous garde être amené aux temps et lieu fixés en vertu du paragraphe (2) et, après que lecture lui a été faite de l'inculpation sur laquelle il a été renvoyé pour subir son procès ou astreint à passer en jugement, il doit,

- a) si la notification indique que le prévenu désire effectuer un nouveau choix pour être jugé par un juge sans jury, être appelé à faire son choix dans les termes suivants:

Vous avez choisi ou êtes censé avoir choisi d'être jugé par une cour composée d'un juge et d'un jury. Choisissez-vous maintenant d'être jugé par un juge sans jury?;

ou,

- b) si la notification énonce que le prévenu désire effectuer un nouveau choix pour être jugé par un magistrat sans jury, être appelé à faire son choix dans les termes suivants:

Vous avez choisi ou êtes censé avoir choisi d'être jugé par une cour composée d'un juge et d'un jury. Choisissez-vous maintenant d'être jugé par un magistrat sans jury?

(4) Lorsqu'un prévenu choisit, selon le présent article, d'être jugé par un juge sans jury ou par un magistrat sans jury, le juge ou le magistrat, selon le cas, doit procéder au procès ou fixer le temps et le lieu du procès.

(5) Lorsqu'un prévenu qui désire effectuer un nouveau choix pour être jugé par un juge sans jury n'avise pas le shérif conformément au paragraphe (1) plus de quatorze jours avant la date fixée pour l'ouverture de la session de la cour siégeant avec un jury par qui il doit

which he is to be tried, no election may be made under this section unless the Attorney General or counsel acting on his behalf consents in writing.

Before dealing in detail with the operative provisions of this section, something should be said about the procedural history of this prosecution. The respondents were originally charged under an information consisting of one count as a result of which the respondents were committed to trial. Other informations were outstanding with reference to the respondents but no other preliminary hearing was held although it was agreed between counsel representing the accused and the Crown that this preliminary hearing and the evidence taken therein would be deemed to apply to the other informations then outstanding. Counsel for the respondents later withdrew from this agreement. An indictment dated November 29, 1976 containing six counts was ultimately preferred. Parallel proceedings in the Supreme Court of Ontario culminating in the quashing of another indictment in which the respondents were accused are of no interest in these proceedings. In the indictment with which we are concerned, count 1 approximates the charge in the aforementioned initial information.

By letter dated December 22, 1976, the respondent Lauzon, through counsel, advised the Sheriff at Ottawa:

re: Regina vs Clause Dwyer and Richard Lauzon

Please be advised that we act for Richard Lauzon who is to appear in the Supreme Court of Ontario at the Sittings commencing the 10th January.

Originally, Mr. Lauzon had elected trial by Judge and Jury. However, subsequent to that date, namely, on or about the 17th November, 1976 the Crown preferred an indictment with the consent of the Attorney General under section 507.

In view of this, please be advised that the accused Lauzon now wishes to re-elect trial by Judge alone under Section 492.

I am sending a copy of this letter to the Crown Attorney's office.

être jugé, aucun choix ne peut être fait aux termes du présent article à moins que le procureur général ou l'avocat agissant au nom de ce dernier n'y consente par écrit.

Avant d'entrer dans les détails d'application de cet article, il y a lieu de faire l'historique des procédures relatives à la présente poursuite. Les intimés ont été accusés, à l'origine, dans une dénonciation qui comprenait un seul chef d'accusation et par suite de laquelle ils ont été renvoyés pour subir leur procès. D'autres dénonciations visaient les intimés mais elles n'ont fait l'objet d'aucune autre enquête préliminaire; les avocats représentant les accusés et le ministère public ont toutefois convenu que l'enquête préliminaire qui avait été tenue et la preuve qu'on y avait recueillie seraient censées s'appliquer aux autres dénonciations. Les avocats des intimés ont par la suite répudié cette entente. Finalement, le 29 novembre 1976, un acte d'accusation contenant six chefs d'accusation a été présenté. Des procédures parallèles en Cour suprême de l'Ontario qui ont conduit à l'annulation d'une autre accusation portée contre les intimés ne sont pas pertinentes à la présente affaire. Dans l'acte de l'accusation qui nous intéresse le premier chef reprend à peu près l'accusation contenue dans la dénonciation initiale.

Dans une lettre signée par son avocat le 22 décembre 1976, l'intimé Lauzon a communiqué au shérif d'Ottawa l'avis suivant:

[TRADUCTION] *Objet: La Reine c. Claude Dwyer et Richard Lauzon*

Prenez acte que nous représentons Richard Lauzon qui doit comparaître en Cour suprême de l'Ontario aux séances qui commencent le 10 janvier.

A l'origine, M. Lauzon avait choisi de subir son procès devant un juge et un jury. Cependant, après cette date, c'est-à-dire le 17 novembre 1976 ou vers cette date, le ministère public a présenté un acte d'accusation avec le consentement du procureur général en vertu de l'article 507.

Vu ce qui précède, sachez que l'accusé Lauzon désire maintenant faire un nouveau choix en vertu de l'article 492 pour subir son procès devant un juge seul.

Je transmets une copie de cette lettre au substitut du procureur général.

On January 10, 1977, counsel for both accused appeared before Weatherston J. for the purpose of fixing a date for election and trial. In an affidavit forming part of the record before this Court, counsel for the respondent Lauzon at trial states that the letter of December 22, quoted above was written "to the Sheriff's office" to say that both co-accused would be re-electing trial by judge alone. While counsel for Lauzon before this Court stated that this must have been sworn in error, the fact is that the affidavit was sworn on December 27, 1977 and has not been contradicted in the record, and the letter of December 22 was apparently acknowledged and relied upon by counsel for both accused before Weatherston J. and thereafter before the late Mr. Justice Garrett.

The trial was convened before Garrett J. in Ottawa on February 8, 1977 as directed by Weatherston J. At the opening of trial, a considerable discussion ensued concerning the collateral proceedings with respect to the indictment quashed by Goodman J., and thereafter the accused were arraigned and all six counts of the indictment were read by the Registrar. After a discussion concerning the propriety of the form of the indictment and its preferment in the Court, and a discussion of the election proceedings to which I will refer below, the two accused then pleaded "not guilty."

I turn back to the issue of re-election and the events connected therewith before Garrett J. Because of the lengthy and complete argument which took place before this Court wherein every apparent facet of the proceedings and the procedure was examined, I set out the entire discourse between Garrett J. and counsel on this subject:

HIS LORDSHIP: Now this is something, Mr. Reilly, that I'm afraid that I haven't looked into myself but as I recall matters, I understand there is no longer any election in these cases—

MR. REILLY: No, sir.

HIS LORDSHIP:—(continued) it's a request for a plea, and then the matter proceeds.

Le 10 janvier 1977, les avocats des deux accusés ont comparu devant le juge Weatherston afin de fixer une date pour le choix et le procès. Dans un affidavit qui fait partie du dossier produit devant cette Cour, l'avocat de l'intimé Lauzon au procès déclare que la lettre du 22 décembre citée plus haut a été envoyée «au bureau du shérif» pour lui notifier que les deux coaccusés choisissaient d'être jugés par un juge seul. Bien que l'avocat de Lauzon ait déclaré devant cette Cour qu'il devait s'agir d'une erreur, il demeure que l'affidavit a été signé le 27 décembre 1977 et que rien au dossier ne vient le contredire, et il appert que les avocats des deux accusés ont reconnu et invoqué la lettre du 22 décembre devant le juge Weatherston puis devant feu le juge Garrett.

Le procès a débuté devant le juge Garrett à Ottawa le 8 février 1977 comme l'avait ordonné le juge Weatherston. Au début, on a beaucoup discuté des procédures accessoires relatives à l'acte d'accusation qu'avait annulé le juge Goodman, après quoi les prévenus ont été interpellés et le greffier a lu tous les six chefs de l'acte d'accusation. Après une discussion concernant la forme de l'acte d'accusation et sa présentation devant la cour, et une discussion sur les procédures concernant le choix dont je parlerai un peu plus loin, les deux accusés ont nié leur culpabilité.

Revenons à la question du nouveau choix et des événements s'y rapportant qui ont eu lieu devant le juge Garrett. A cause des débats prolongés et complets devant cette Cour où l'on a exploré tous les aspects de la procédure et de ce qui s'était passé, je reproduis intégralement la discussion entre le juge Garrett et les avocats sur cette question:

[TRADUCTION] SA SEIGNEURIE: M^e Reilly, je crains qu'il s'agisse de quelque chose que je n'ai pas étudié moi-même, mais, si je me souviens bien, je comprends qu'il n'y a plus de choix à faire dans ces affaires—

M^e REILLY: Non, votre seigneurie.

SA SEIGNEURIE:—(suite) c'est une demande de plaider et l'affaire continue à partir de là.

MR. REILLY: That's right. Perhaps, sir, I would like one matter on the record.

The right to proceed before your lordship presiding as a judge of the Superior Court of Criminal Jurisdiction sitting alone is something, of course, that has been exercised fairly recently. It is probably something that was not originally anticipated by Parliament when they allowed provisions for re-election, definition of your lordship as a judge, etcetera to give that right.

I would like on the record, sir, that my friends have in fact requested that I prefer the indictment in this court, that is in your lordship's court, sitting as a judge in the Superior Court of Criminal Jurisdiction without a jury. There is no question you have the right, sir, to hear charges, and I would like my friends' indication—

HIS LORDSHIP: Rightly or wrongly, I apprehend a Supreme Court judge can try anything at an assize—

MR. REILLY: That's right, sir—

HIS LORDSHIP:—(continued) which is contained in the Criminal Code.

MR. REILLY: That's right, sir. I would like my friends' agreement on the record that it's at their request that I prefer this indictment in this forum and they in fact attorn to your jurisdiction.

HIS LORDSHIP: Mr. Chilcott?

MR. CHILCOTT: My lord, there is no question about that. It is, as far as Lauzon is concerned properly before your lordship, and again as far as Lauzon is concerned, we ask that it be tried without a jury.

HIS LORDSHIP: Mr. Houston.

MR. HOUSTON: Insofar as Mr. Dwyer is concerned, my lord, I completely adopt my friend, Mr. Chilcott's statement.

HIS LORDSHIP: Mr. Simpson?

M^c REILLY: C'est exact. Votre seigneurie, je voudrais faire une intervention pour les fins du dossier.

Le droit de procéder devant votre seigneurie comme juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle siégeant seul est, bien sûr, un droit qui n'a été exercé que depuis peu. Ce droit n'a probablement pas été envisagé par le Parlement lorsqu'il a adopté les dispositions prévoyant le nouveau choix, la définition de votre seigneurie comme juge, etc.

Je voudrais qu'il soit consigné, votre seigneurie, que mes collègues ont demandé que je présente l'acte d'accusation devant cette cour, c'est-à-dire la cour de votre seigneurie, siégeant comme juge de la Cour supérieure de juridiction criminelle sans jury. Il n'y a aucun doute, votre seigneurie, que vous avez le droit d'entendre ces accusations et j'aimerais que mes collègues indiquent—

SA SEIGNEURIE: A tort ou à raison, je crois qu'un juge de la Cour suprême siégeant en juridiction criminelle peut entendre tout ce qui—

M^c REILLY: C'est exact, votre seigneurie—

SA SEIGNEURIE:—(suite) se trouve dans le Code criminel.

M^c REILLY: C'est exact, votre seigneurie. J'aimerais, pour les fins du dossier, que mes collègues admettent que c'est à leur demande que je présente cet acte d'accusation devant cette cour et qu'ils consentent à reconnaître votre compétence.

SA SEIGNEURIE: M^c Chilcott?

M^c CHILCOTT: Votre seigneurie, cela va sans dire. En ce qui concerne Lauzon, votre seigneurie a compétence et, encore une fois en ce qui concerne Lauzon, nous demandons de subir un procès sans jury.

SA SEIGNEURIE: M^c Houston.

M^c HOUSTON: En ce qui concerne M. Dwyer, votre seigneurie, je fais entièrement mienne la déclaration de mon collègue M^c Chilcott.

SA SEIGNEURIE: M^c Simpson?

MR. SIMPSON: I adopt, my friend, Mr. Chilcott's statement.

The Crown takes the position that either there has been an effective re-election in compliance with s. 492, or alternatively, that there was an express waiver by the accused of a jury trial in such a way as to give the trial judge jurisdiction over the accused to try them without the intervention of a jury. The Court of Appeal in a unanimous judgment stated, through Lacourcière J.A.:

We are all of the view therefore, that Garrett J., in the absence of a re-election, was precluded from trying the case without a jury.

In the course of reaching such conclusion, the Court rejected any notion of "substantial compliance" with the provisions of s. 492, or that the respondents, represented as they were by experienced counsel, had "waived their right to a re-election or dispensed the presiding judge with his duty to comply with the procedure which was a condition precedent to his jurisdiction to try these offences without a jury."

The respondents support the decision below on the basis that:

- (a) there was no compliance whatever with the requirements of s. 492;
- (b) the provisions of s. 492 are mandatory and complete compliance is a condition precedent to the jurisdiction of a trial judge hearing the charges without a jury;
- (c) the respondents had no capacity in law to waive compliance with s. 492;
- (d) finally, the respondents meet the appellant's submissions with the argument that the question as to whether there was substantial compliance with s. 492 is a mixed question of fact and law, and not open to the appellant in this Court.

The last mentioned submission by the respondents was put to rest in the recent judgment of this

M^c SIMPSON: Je fais mienne la déclaration de mon collègue, M^c Chilcott.

Le ministère public soutient que les accusés ont effectivement fait un nouveau choix conformément à l'art. 492 ou, subsidiairement, qu'ils ont expressément renoncé à un procès devant jury de façon à donner au juge de première instance compétence pour les juger sans un jury. Dans un jugement unanime, la Cour d'appel a dit par la voix du juge Lacourcière:

[TRADUCTION] Par conséquent, nous sommes tous d'avis qu'en l'absence d'un nouveau choix, le juge Garrett ne pouvait entendre la cause sans jury.

Pour en arriver à cette conclusion, la cour a écarté toute notion de [TRADUCTION] «respect en substance» des dispositions de l'art. 492 ou la thèse que les intimés, représentés par des avocats d'expérience, avaient [TRADUCTION] «renoncé à leur droit de faire un nouveau choix ou dispensé le président du tribunal de son obligation de respecter la procédure qui constituait une condition préalable de sa compétence de juger ces infractions sans jury.»

Au soutien de l'arrêt de la Cour d'appel, les intimés invoquent les moyens suivants:

- a) on n'a aucunement respecté les exigences de l'art. 492;
- b) les dispositions de l'art. 492 sont impératives et le respect complet est une condition préalable de la compétence d'un juge de première instance de connaître des accusations sans un jury;
- c) les intimés n'avaient pas le droit de renoncer au respect de l'art. 492;
- d) enfin, les intimés opposent aux prétentions de l'appelante l'argument que la question de savoir s'il y a eu respect en substance des dispositions de l'art. 492 est une question mixte de fait et de droit que l'appelante ne peut soulever devant cette Cour.

Le dernier moyen des intimés est devenu insoutenable par suite de l'arrêt récent de cette Cour

Court in *R. v. Moreau*² where, speaking for the majority of the Court, Beetz J. stated at p. 274:

I now briefly turn to the other issue, that is whether the main issue raises a question of law. I think it does. It hinges upon the interpretation of a provision of the *Criminal Code*: what is capable of being "evidence to the contrary" within the meaning of s. 237(1)(c)? The Courts of Appeal of Nova Scotia, British Columbia, Alberta and Saskatchewan have indicated that they consider the issue as a question of law: *Shafer v. Regina* [1971] 5 W.W.R. 692; *R. v. Gaetz* (1972), 8 C.C.C. (2d) 3; *R. v. Westman* (1973), 11 C.C.C. (2d) 355; *R. v. Davis* (1973), 14 C.C.C. (2d) 573; *R. v. Falkenham* (1974), 22 C.C.C. (2d) 385. I agree with their approach on this point.

Here the Court is engaged with a determination of the proper interpretation in law of the provision contained in s. 492, and therefore, the submission of the appellant with reference to compliance or substantial compliance with the *Code* provisions raises a question of law.

This appeal turns upon the meaning of the detailed provisions and subprovisions of the section when read as a whole. It is hardly necessary to observe that the patent purpose of the section is to create a right in an accused person to re-elect to be tried by a judge without a jury even after the accused has elected once before to be tried by a court composed of a judge and jury. This section is part of a complex network of sections which in effect give an accused in many instances at least five alternative modes of trial, being: trial by magistrate without a jury (subject to the qualification of consent of the Attorney General in some instances); trial by a county court judge without a jury; trial in the county court before judge and jury; trial in the supreme court (where the province distinguishes between county and superior court) by a court composed of judge and jury; and finally, trial before a supreme court judge sitting without a jury. The interaction of the many sections of the *Code* setting out these rights and these procedures is very complex, but dealing with s. 492 there are certain features of this statutory provision which are abundantly clear.

² [1979] 1 S.C.R. 261.

dans *R. c. Moreau*² où, au nom de la majorité de la Cour, le juge Beetz a dit, à la p. 274:

Je traiterai brièvement de la seconde question, celle de savoir si la question principale soulève une question de droit. Je suis d'avis que oui. Elle dépend de l'interprétation d'une disposition du *Code criminel*, savoir en quoi consiste une «preuve contraire» au sens de l'al. 237(1)c)? Les cours d'appel de la Nouvelle-Écosse, de la Colombie-Britannique, de l'Alberta et de la Saskatchewan ont indiqué qu'elles considèrent cette question comme une question de droit: *Shafer v. Regina*, [1971] 5 W.W.R. 692; *R. v. Gaetz* (1972), 8 C.C.C. (2d) 3; *R. v. Westman* (1973), 11 C.C.C. (2d) 355; *R. v. Davis* (1973), 14 C.C.C. (2d) 573; *R. v. Falkenham* (1974), 22 C.C.C. (2d) 385. Je souscris à leur opinion sur le sujet.

Ici la Cour est appelée à établir l'interprétation correcte de la disposition contenue à l'art. 492 et, par conséquent, la prétention de l'appelante concernant le respect ou le respect en substance des dispositions du *Code* soulève une question de droit.

Le sort de ce pourvoi repose sur le sens des dispositions précises de l'article pris dans son ensemble. Il est clair que le but en est de donner à un accusé le droit de faire un nouveau choix d'être jugé par un juge sans jury même lorsqu'il a déjà choisi d'être jugé par une cour composée d'un juge et d'un jury. Cet article fait partie d'un réseau complexe d'articles qui donnent à un accusé dans un grand nombre de cas au moins cinq modes de procès, savoir: le procès devant magistrat sans jury (sous réserve du consentement du procureur général en certains cas); le procès devant un juge d'une cour de comté sans jury; le procès devant un juge d'une cour de comté et un jury; le procès en cour supérieure (lorsque la province fait une distinction entre la cour supérieure et une cour de comté) devant un tribunal composé d'un juge et d'un jury; et enfin, le procès devant un juge de la cour supérieure siégeant sans jury. L'interaction des nombreux articles du *Code* qui établissent ces droits et ces procédures est très complexe, mais certaines particularités de l'art. 492 sont tout à fait claires.

² [1979] 1 R.C.S. 261.

Subsection 1, for example, clearly creates a right in an accused to re-elect to be tried by a judge without a jury. This right both accused set out to exercise as can be seen by the letter and the affidavit described above, and the appearance before Weatherston J. There is no question of waiver or substantial compliance with subs. 1. The accused clearly expressed a "desire(s) to re-elect under this section, . . ."

As for subs. 3, both accused clearly attended at the time and place fixed under subs. 2 for trial, and after the charge had been read, made the election described in subs. 1. It was not submitted before us that such an election cannot be made through the intervention of counsel in the presence of the accused, as was done here. In my reading of the section as a whole, and particularly when such reading is made in the context of the pattern established in the *Code* for the election and re-election by the accused of modes and level of trial, the accused through counsel may excuse the court from reading subs. 3 and may proceed directly to the communication of the election. This must be so, particularly where the notice under subs. 1 and 2 expressly states that the re-election is being made under s. 492. It is not a question of a waiver of a right by the respondents or by the appellant or by the Court. The respondents, being aware of the formal question, simply answered it by an essential repetition of the letter of notice already given.

Subsection 2 deals with the action by the Sheriff acting in the course of the administration of justice upon receipt of a notice given under subs. 1. The Sheriff must have responded by arranging the hearing before Weatherston J. who in turn fixed the date for trial before Garrett J.

Subsection 4 directs that the judge on receiving the election of the accused shall proceed with the trial or fix a time and place for the trial. Garrett J. proceeded with the trial forthwith in the manner requested by the respondents in their re-election.

Le paragraphe (1) par exemple donne clairement le droit à un accusé de faire un nouveau choix d'être jugé par un juge sans jury. Les deux accusés ont entrepris d'exercer ce droit comme le démontrent la lettre et l'affidavit mentionnés précédemment ainsi que la comparution devant le juge Weatherston. Il n'est pas question de renonciation au par. (1) ni de respect en substance de ses dispositions. Les accusés ont clairement exprimé «leur désir de faire un nouveau choix en vertu du présent article . . .».

Quant au par. (3), les deux accusés se sont présentés aux temps et lieu fixés en vertu du par. (2) pour le procès et, après lecture de l'accusation, ont fait le choix décrit au par. (1). On n'a pas prétendu devant nous que les avocats ne pouvaient faire ce choix en présence des accusés comme ils l'ont fait en l'espèce. Suivant mon interprétation de l'article dans son ensemble, et particulièrement dans le contexte du système établi dans le *Code* pour le choix et le nouveau choix par l'accusé du tribunal et du mode de procès, l'accusé, par l'intermédiaire de son avocat, peut dispenser le tribunal de lire le par. (3) et peut communiquer immédiatement son choix. Il doit en être ainsi, surtout lorsque la notification visée aux par. (1) et (2) dit expressément que le nouveau choix est fait en vertu de l'art. 492. Il n'est pas question de renonciation à un droit de la part des intimés, de l'appelante ou de la cour. Les intimés, connaissant la question formelle, ont simplement répondu en répétant l'essentiel de ce que contenait la lettre de notification déjà expédiée.

Le paragraphe (2) traite de ce que doit faire le shérif en matière d'administration de la justice lorsqu'il reçoit une notification adressée en vertu du par. (1). En l'espèce, le shérif a dû voir à faire fixer l'audition devant le juge Weatherston qui, à son tour, a déterminé la date du procès devant le juge Garrett.

Le paragraphe (4) ordonne que le juge devant qui l'accusé fait un choix procède au procès ou fixe le temps et le lieu du procès. Le juge Garrett a procédé sur-le-champ au procès comme le demandaient les intimés par leur nouveau choix.

Subsection 5 is not here applicable because the respondents did notify the Sheriff in the manner set out above.

I therefore conclude that there is no question here of substantial compliance because the respondents have complied precisely with the provisions of s. 492 and in the sequence prescribed by that section. Fortunately, we are not called upon to determine, and I specifically refrain from so determining, whether substantial compliance with s. 492(3) would indeed be sufficient for the purposes of re-election under the section. If we were by the facts and circumstances here called upon to answer such a question, considerable support could be found in the line of reasoning applied by the Court of Appeal of the Province of Alberta in *R. v. Sydney MacKenzie* (unreported, released March 22, 1978) where Sinclair J.A., speaking for the Court stated:

In my view the election put to the *accused in the present case was substantially in the language of Section 492(3)(a), and could have left them in no doubt that they had a choice of trial by judge alone or by judge and jury.* [emphasis added]

It should be added that if any relaxation of the rules had occurred here such would not have been done so as to diminish any rights of the accused, but in fact would have taken place at their request. Mr. Manning was very frank in acknowledging that this was so and with proper candour advanced the case of the respondent Dwyer on purely technical grounds.

Upon a re-election under s. 492 other sections come into operation including s. 496 which prescribes that the indictment in Form 4 shall be preferred by the Attorney General or his agent. Here the indictment which had been presented to the Court by the Crown Attorney was that which had been drawn up on November 29, 1976. After the election, the pleas of the respondents to that indictment were taken. No new indictment was prepared and preferred by the Attorney General or his agent. This procedure was precisely the same as that with which the court was concerned in *R. v.*

Le paragraphe (5) n'est pas applicable en l'espèce parce que les intimés ont avisé le shérif de la manière décrite précédemment.

Je conclus donc qu'il n'est pas question ici de respect en substance parce que les intimés ont précisément respecté les dispositions de l'art. 492 et ce, dans l'ordre que prescrit cet article. Nous n'avons heureusement pas à décider, et je me garde spécifiquement de le faire, si le respect en substance du par. 492(3) suffirait pour les fins d'un nouveau choix en vertu de l'article. Si les faits et les circonstances en l'espèce nous appelaient à répondre à cette question, nous pourrions trouver un appui considérable dans le raisonnement que la Cour d'appel de la province de l'Alberta a appliqué dans l'arrêt *R. v. Sydney MacKenzie* (inédit, rendu le 22 mars 1978) où le juge Sinclair a dit au nom de la Cour:

[TRADUCTION] A mon avis l'option qu'on a donné aux accusés dans la présente affaire suivait en substance le texte de l'alinéa 492(3)a) et leur a fait savoir, sans qu'ils puissent en douter, qu'ils avaient un choix entre un procès devant un juge seul ou devant un juge et un jury. [Les italiques sont de moi.]

Il convient d'ajouter que si en l'espèce il y avait eu quelque relâchement des règles il n'aurait pas eu pour effet de restreindre les droits des accusés, mais se serait plutôt produit à leur propre demande. M^e Manning a très franchement admis que tel était le cas et, en toute franchise, a plaidé la cause de l'intimé Dwyer en se fondant sur des moyens de pure procédure.

Un nouveau choix fait en vertu de l'art. 492 fait entrer d'autres articles en jeu, dont l'art. 496 qui dispose que le procureur général, ou son représentant, doit présenter un acte d'accusation selon la formule 4. L'acte d'accusation que le substitut du procureur général a présenté à la cour est celui qui avait été rédigé le 29 novembre 1976. Le choix fait, on a enregistré les plaidoyers des intimés à cet acte d'accusation. Le procureur général, ou son représentant, n'a pas préparé ni présenté de nouvel acte d'accusation. C'est exactement la même procédure qui a été examinée dans l'arrêt *R. v. Cac-*

*Caccamo and Caccamo*³, where Gale C.J.O., speaking on behalf of the Court, stated:

Another point was taken with respect to the fact that s. 496(1) was not complied with in that after defence counsel re-elected for a trial by Judge alone, a new indictment in Form 4 was not preferred and that trial proceeded on the form of indictment normally used in the Court of General Sessions of the Peace. May I say, in the first place, that this has not heretofore been raised, either at the trial, in the notice of appeal, or in the memorandum of fact and law filed on behalf of the appellant. But, in any event, the fact that the form of the indictment was not altered did not constitute an error such as to deprive the Judge of jurisdiction. The indictment in Form 4 is substantially the same as the form of the indictment in Form 3, with respect to notifying the accused of that with which he was charged. It would be shocking that an eight-day trial could be rendered abortive if this point could be raised successfully at or near the conclusion of the trial.

As in that case, neither respondent made any issue of the failure to prefer a new indictment at the opening of trial, in the Court of Appeal, or before this Court. I adopt the reasoning of the Chief Justice of Ontario and conclude that the failure to prefer a new indictment after re-election rather than proceeding on the indictment dated November 29, 1976 does not affect the validity of the ensuing proceedings before Garrett J. In this case, the requirement of the preferment of an additional indictment is of even less substantive import because the indictment of November 29, 1976 does not follow Form 3 in any case, but is in the form prescribed in Form 4. The indictment upon which the trial proceeded was preferred in the manner prescribed by subs. 1 of s. 496 and bore the written consent of the Attorney General of Ontario as required by the section. The section contemplates, and indeed authorizes, the inclusion of a number of counts in an indictment, as was the case here, with reference to the requirement in subs. 2 of s. 496 that an indictment may include:

(b) counts relating to offences disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry, in addition to or in substitution for any offence for which the accused was committed for trial.

³ [1973] 2 O.R. 367.

*camo and Caccamo*³, où le juge en chef Gale, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, a dit:

[TRADUCTION] On a soulevé un autre argument ayant trait au non-respect du par. 496(1); après le nouveau choix par l'avocat de la défense d'un procès devant un juge seul, on n'a pas présenté de nouvel acte d'accusation selon la formule 4 et le procès a été tenu sur un acte d'accusation normalement utilisé en Cour des sessions générales de la paix. Je dois dire d'abord que cet argument n'a pas été soulevé auparavant, ni au procès, ni dans l'avis d'appel, ni dans l'exposé des faits et du droit. Cependant, quoi qu'il en soit, le fait que la forme de l'acte d'accusation n'ait pas été modifiée ne constitue pas une erreur de nature à priver le juge de compétence. L'acte d'accusation selon la formule 4 est en substance le même que celui selon la formule 3 concernant la notification à l'accusé de ce qu'on lui reproche. Il serait scandaleux qu'on puisse faire avorter un procès de huit jours en soulevant cet argument avec succès à la fin ou près de la fin du procès.

Comme dans cette affaire-là, ni l'un ni l'autre des intimés n'a fait état de l'omission de présenter un nouvel acte d'accusation, ni à l'ouverture du procès, ni en Cour d'appel, ni devant cette Cour. J'adopte les motifs du juge en chef de l'Ontario et je conclus que l'omission de présenter un nouvel acte d'accusation après le nouveau choix plutôt que de procéder sur l'acte d'accusation du 29 novembre 1976 ne touche pas la validité des procédures qui se sont déroulées devant le juge Garrett. Dans la présente affaire, la nécessité de présenter un acte d'accusation supplémentaire revêt une importance encore moindre parce que l'acte d'accusation du 29 novembre 1976 n'est pas rédigé selon la formule 3 mais est en la forme prescrite par la formule 4. L'acte d'accusation sur lequel a eu lieu le procès a été présenté de la manière prescrite au par. (1) de l'art. 496 et porte le consentement écrit du procureur général de l'Ontario comme l'exige l'article. L'article envisage, et en fait autorise, l'inclusion de plusieurs chefs dans l'acte d'accusation, comme c'est le cas dans la présente affaire. En effet, le par. 496(2) dispose qu'un acte d'accusation peut renfermer:

b) des chefs portant sur des infractions révélées par les témoignages recueillis à l'enquête préliminaire, en sus ou en remplacement d'une infraction à l'égard de laquelle le prévenu a été renvoyé pour subir son procès.

³ [1973] 2 O.R. 367.

The Court of Appeal stated:

At the trial, counsel (who were not the same as counsel on appeal), were in agreement that all the evidence that could have been heard on any of the six counts in the indictment was heard at the preliminary inquiry. On the hearing of this appeal, Mr. Manning was prepared to admit that this was so, but Mr. Ruby was not prepared to make this admission. There can be no question that defence counsel had the opportunity to hear and cross-examine every Crown witness at a preliminary inquiry, although in strictness, there was no preliminary inquiry conducted with respect to counts 2 to 6 inclusively.

No evidence was drawn to the attention of this Court which would indicate any error on the part of the Court of Appeal in reaching this conclusion.

There remains to be considered whether s. 492(3) has been complied with in that the charge read to the respondents on the opening of the trial was the indictment, and the six counts included therein, dated November 29, 1976, rather than the information as originally laid and which, of course, included only the charge described somewhat differently in count 1 of the indictment. The date of the information upon which the preliminary hearing was held is not revealed in the record but after the preliminary hearing therein had been completed, the indictment upon which the trial proceeded was drawn up and placed before Mr. Justice Donahue on December 6, 1976. It was, of course, before Weatherston J. in the hearing pursuant to subs. 2 of s. 492, on January 10, 1977. Subsection 3 prescribes that "after the charge upon which he has been committed for trial or ordered to stand trial has been read to him," the accused shall, pursuant to subs. 3(a) "be put to his election . . ." It is difficult to interpret those words as requiring that there be read to the accused a form of charge which, by the stage of the proceedings then reached, has been replaced by a preferred indictment. I interpret the subsection, therefore, as requiring that the accused hear the actual charge with which he is faced before he is required to make his election as to the mode of trial. Any other interpretation would expose the accused to being misled as to the nature of the charge upon which he is about to be tried at the very moment when he is given the opportunity of exercising his

La Cour d'appel a dit:

[TRADUCTION] Au procès, les avocats (qui n'étaient pas les mêmes que les avocats en appel), étaient d'accord que tous les témoignages qui auraient pu être entendus sur l'un ou l'autre des six chefs de l'acte d'accusation ont été entendus à l'enquête préliminaire. A l'audition du présent appel, M^e Manning était prêt à admettre qu'il en était ainsi mais M^e Ruby ne l'était pas. Il ne peut y avoir de doute que les avocats de la défense ont eu la possibilité d'entendre et de contre-interroger tous les témoins de la poursuite à l'enquête préliminaire, bien qu'à strictement parler, il n'y ait pas eu d'enquête préliminaire sur les chefs n^{os} 2 à 6 inclusivement.

Aucune preuve n'a été portée à l'attention de cette Cour qui pourrait indiquer que la Cour d'appel aurait commis une erreur dans cette conclusion.

Il reste à considérer si on a respecté le par. 492(3) même si l'accusation lue aux intimés à l'ouverture du procès est l'acte d'accusation du 29 novembre 1976 et les six chefs qu'il comprend plutôt que la dénonciation présentée à l'origine qui, bien sûr, ne comprenait que l'accusation décrite de façon quelque peu différente dans le premier chef de l'acte d'accusation. Le dossier n'indique pas la date de la dénonciation qui a servi à l'enquête préliminaire, mais après cette enquête préliminaire l'acte d'accusation qui a servi au procès a été rédigé et présenté au juge Donahue le 6 décembre 1976. Il a évidemment été présenté au juge Weatherston à l'audition tenue conformément au par. 492(2) le 10 janvier 1977. Le par. (3) dispose que «après que lecture lui a été faite de l'inculpation sur laquelle il a été renvoyé pour subir son procès ou astreint à passer en jugement» le prévenu doit, conformément à l'al. 3a) «être appelé à faire son choix . . .». Il est difficile d'interpréter ce texte de façon à exiger qu'on lise aux prévenus une forme d'accusation qui, étant donné l'étape où en sont rendues les procédures, a été remplacée par une inculpation directe par le procureur général. J'interprète donc le paragraphe de façon à exiger que l'accusé entende l'accusation même à laquelle il doit répondre avant qu'on lui demande de faire son choix quant au mode de procès. Toute autre interprétation exposerait l'accusé à être induit en erreur quant à la nature de l'accusation sur laquelle il doit subir son procès au moment même où on lui donne la possibilité

right under the *Criminal Code* to select the nature of the forum for trial. In this case, the problem has little material content because count 1 and the charge as contained in the information are substantially the same, the only variances being:

(a) The information specified that the offence occurred "at the City of Vanier and elsewhere in the Province of Ontario" whereas count 1 of the indictment is limited to the City of Vanier;

(b) The information charged the respondents with conspiring with one another "and with divers other persons," whereas the indictment confines the conspiracy to the two respondents;

(c) The original information charged the respondents with "corrupt payments of money", whereas the indictment adds "or other valuable consideration"; and,

(d) The information specified that such payment was made with intent to interfere with the administration of justice whereas the indictment alleges the subject was done with the intent that the respondent Dwyer should protect from detection or punishment the respondent Lauzon who had committed or intended to commit offences by acting as a keeper of a common bawdy house.

Both forms of the charge recite ss. 109 and 423(1)(d) of the *Code* and with the exception of the other items noted, are identical. I deal with this aspect of s. 492, although counsel for the respondents did not raise it, because a parallel argument was made with reference to the application of s. 507 to the form of indictment in these circumstances. By reason of the interaction of ss. 492 and 496 it is not necessary, in my view of this appeal, to deal with the other issues arising under s. 507 relating to the preferment of the indictment. However, in order to put to rest the parallel argument under s. 492 which might well have arisen, I have made the foregoing observations and construe the section as it relates to these circumstances as requiring the reading of the actual charge with which the accused is faced at the opening of trial

d'exercer le droit que lui reconnaît le *Code criminel* de choisir la nature du tribunal qui doit le juger. En l'espèce, le problème a peu d'importance pratique parce que le premier chef et l'accusation contenue dans la dénonciation sont en substance les mêmes, les seuls changements étant les suivants:

a) La dénonciation spécifiait que l'infraction avait eu lieu [TRADUCTION] «dans la ville de Vanier et ailleurs dans la province de l'Ontario» tandis que le premier chef de l'acte d'accusation se limite à la ville de Vanier;

b) La dénonciation accusait les intimés d'avoir comploté l'un avec l'autre [TRADUCTION] «et avec diverses autres personnes» tandis que l'acte d'accusation limite le complot aux deux intimés;

c) La dénonciation initiale accusait les intimés d'avoir donné ou reçu [TRADUCTION] «par corruption, des paiements d'argent», tandis que l'acte d'accusation ajoute [TRADUCTION] «ou d'autres contreparties valables»; et,

d) La dénonciation précisait que le paiement avait été fait dans l'intention d'entraver l'administration de la justice tandis que l'acte d'accusation allègue que c'était dans l'intention que l'intimé Dwyer protège contre la découverte ou la punition l'intimé Lauzon qui avait commis ou avait eu l'intention de commettre des infractions en étant le tenancier d'une maison de débauche.

Les deux versions de l'inculpation citent l'art. 109 et l'al. 423(1)d) du *Code* et, à l'exception des détails qui ont été relevés, elles sont identiques. Je traite de cet aspect de l'art. 492, bien que les avocats des intimés ne l'aient pas soulevé, parce qu'on a soumis un argument parallèle concernant l'application de l'art. 507 à la forme de l'acte d'accusation dans ces circonstances. Étant donné l'interaction des art. 492 et 496 il n'est pas nécessaire, vu la conception que je me fais du présent pourvoi, d'examiner les autres questions qui se posent en vertu de l'art. 507 quant à la présentation de l'acte d'accusation. Cependant, pour répondre à l'argument parallèle en vertu de l'art. 492 qui aurait bien pu être soulevé, j'ai fait les commentaires qui précèdent et j'interprète l'article dans ses rapports avec la présente situation de

and which charge was read to him by the Registrar of the Court here.

I reach this conclusion with the greatest respect to the members of the Court below who concluded that the initial charge, that is the one contained in the information, was the charge which must be read to the accused and that following re-election, the new indictment preferred pursuant to s. 496 "would have been prepared and formed the basis of the trial." I very much prefer the reasoning followed by the same court in the *Caccamo* appeal, *supra*, as it applies to s. 496. The sequence of events in these proceedings, including the quashing of an earlier indictment and the preferring of an indictment in November 1976, rendered the original charge, as embodied in the information, completely obsolete and indeed misleading to the accused at the time of the exercise of his rights under s. 492(1).

We are here, of course, concerned only with the legality of the convictions.

For these reasons I would therefore allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal, and restore the conviction of each respondent as entered at the trial court, together with the sentence there embodied.

Appeal allowed, convictions and sentences restored.

Solicitors for the appellant: The Ministry of the Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the respondent Dwyer: Morris Manning, Toronto.

Solicitor for the respondent Lauzon: Clayton C. Ruby, Toronto.

façon à exiger la lecture de l'accusation même à laquelle l'accusé doit répondre à l'ouverture de son procès, laquelle accusation lui a été lue par le greffier de la Cour.

J'en arrive à cette conclusion en toute déférence pour les membres de la Cour d'appel qui ont conclu que l'accusation initiale, c'est-à-dire celle que contenait la dénonciation, était celle qu'il fallait lire à l'accusé et qu'après le nouveau choix, le nouvel acte d'accusation présenté en vertu de l'art. 496 [TRADUCTION] «aurait été préparé et aurait servi de fondement au procès». Je préfère de beaucoup le raisonnement que la même cour a adopté dans l'appel *Caccamo*, précité, tel qu'il s'applique à l'art. 496. L'ordre des événements dans les présentes procédures, y compris l'annulation d'un acte d'accusation antérieur et la présentation d'un acte d'accusation en novembre 1976, rendaient l'accusation initiale, telle qu'on la retrouve dans la dénonciation, complètement caduque et, en réalité, susceptible d'induire l'accusé en erreur au moment où il devait exercer ses droits en vertu du par. 492(1).

En l'espèce, notre seul sujet de préoccupation est bien entendu celui de la validité en droit des déclarations de culpabilité.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir la condamnation de chaque intimé prononcée par le tribunal de première instance, de même que la sentence y fixée.

Pourvoi accueilli, condamnations et sentences rétablis.

Procureurs de l'appelante: Ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intimé Dwyer: Morris Manning, Toronto.

Procureur de l'intimé Lauzon: Clayton C. Ruby, Toronto.

The Corporation of the Township of Goulbourn, the Corporation of the Township of March, the Corporation of the Township of Nepean, the Corporation of the Township of Osgoode, the Corporation of the Township of Rideau and the Corporation of the Township of West Carleton *Appellants*;

and

The Regional Municipality of Ottawa-Carleton

and

The Corporation of the Township of Cumberland and the Corporation of the City of Ottawa

and

The Corporation of the Township of Gloucester, the Corporation of the Village of Rockcliffe Park and the Corporation of the City of Vanier *Respondents*.

1979: February 8, 12; 1979: October 2.

Present: Dickson, Beetz, Estey, Pratte and McIntyre JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Municipal law — Creation of Regional Municipality — Vesting of assets of County on dissolution subject to an order of the Municipal Board — Power of Ontario Municipal Board — The Regional Municipality of Ottawa-Carleton Act, R.S.O. 1970, c. 407, ss. 135, 136, 137 — The Municipal Act, R.S.O. 1970, c. 284, s. 14.

The Regional Municipality of Ottawa-Carleton applied to the Divisional Court for a writ of prohibition to prevent the Municipal Board from fixing compensation to be paid by the Regional Municipality to the area municipalities for the assets of the County of Carleton which passed to the Regional Municipality pursuant to *The Regional Municipality of Ottawa-Carleton Act*, 1968 (Ont.). Section 135 of that Act now consolidated as R.S.O. 1970, c. 407, provided that on the dissolution of the Corporation of the County of Carleton, *subject to an order of the Municipal Board*, all the assets and liabilities of the County were to become the assets and liabilities of the regional corporation. Section 137 of the

La Municipalité du canton de Goulbourn, la Municipalité du canton de March, la Municipalité du canton de Nepean, la Municipalité du canton d'Osgoode, la Municipalité du canton de Rideau, et la Municipalité du canton de West Carleton *Appelantes*;

et

La Municipalité régionale d'Ottawa-Carleton

et

La Municipalité du canton de Cumberland et la ville d'Ottawa

et

La Municipalité du canton de Gloucester, la Municipalité du village de Rockcliffe Park et la ville de Vanier *Intimées*.

1979: 8, 12 février; 1979: 2 octobre.

Présents: Les juges Dickson, Beetz, Estey, Pratte et McIntyre.

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

Droit municipal — Constitution de la Municipalité régionale — Transfert de l'actif du comté par suite de la dissolution assujetti à une ordonnance de la Commission municipale — Pouvoir de la Commission municipale de l'Ontario — The Regional Municipality of Ottawa-Carleton Act, R.S.O. 1970, chap. 407, art. 135, 136, 137 — The Municipal Act, R.S.O. 1970, chap. 284, art. 14.

La Municipalité régionale d'Ottawa-Carleton a demandé à la Cour divisionnaire un bref de prohibition en vue d'empêcher la Commission municipale d'établir l'indemnité payable par la Municipalité régionale aux municipalités regroupées pour l'actif du comté de Carleton transféré à la Municipalité régionale aux termes de *The Regional Municipality of Ottawa-Carleton Act*, 1968 (Ont.). L'article 135 de cette loi qui figure maintenant au chap. 407 des R.S.O. 1970, prévoit qu'à la dissolution de la Municipalité du comté de Carleton, tout l'actif et le passif du comté devient l'actif et le passif de la Municipalité régionale, *sous réserve d'une ordonnance de la Commission municipale*. L'article 137

Act provided that the Municipal Board upon the application of *inter alia* any area municipality might exercise any of the powers given to it by s. 14(11)(a), (b) and (d) of *The Municipal Act*, R.S.O. 1970, c. 284. The interpretative difficulty arising under s. 137(1) related to how much of s. 14 of *The Municipal Act* was made applicable by the incorporating reference.

The issue in the Divisional Court was narrowed by consent to the jurisdiction of the Municipal Board, consequent upon the dissolution of the County of Carleton, upon an application being made under s. 137 concerning the assets and liabilities of the former County. The Divisional Court declared that the assets in question vested in the Regional Municipality, that an order of the Municipal Board was not a condition precedent to that vesting and ordered that the Municipal Board be prohibited from proceeding with any application for an order to determine the interest of any of the area municipalities in the said assets. The Court of Appeal by a majority affirmed the judgment of the Divisional Court.

Held (Pratte J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Dickson, Estey and McIntyre JJ.: The referential incorporation of s. 4(11)(a), (b) and (d) is restricted entirely to the provision of subclauses (a), (b) and (d) without the qualifying or delimiting words in the introduction to subs. (11). To restrict the powers of the Board under s. 137 to those exercisable by the Board upon annexation or amalgamation applications pursuant to s. 14(2), as argued by respondents, would reduce the powers incorporated by reference in s. 137 to nearly nothing. Section 137(1) provides for the "exercise" by the Board of the enumerated powers with reference to those matters set out in the balance of the subsection: the dissolution of the County; the removal of the Township of Cumberland from the United Counties; and the dissolution of local boards of health and suburban roads commissions. The argument that the area municipalities prior to the 1968 Act had no interest, legal or equitable, in the assets of the County and could therefore, have no claim for compensation when those assets vested in the Regional Municipality was not persuasive. The position of the area municipalities did not rest upon any legal or equitable interest of a proprietary nature. The right sought to be asserted arose under s. 14 of *The Municipal Act*, incorporated into the "Ottawa-Carleton Act" by s. 137, and is a right to seek an adjustment of assets to ensure an equitable contribution to the assets of the new Regional Municipality by the area municipalities.

de la loi dispose que la Commission municipale, sur requête, notamment, d'une municipalité regroupée, peut exercer les pouvoirs énoncés aux al. 14(11)a), b) et d) de *The Municipal Act*, R.S.O. 1970, chap. 284. La difficulté d'interprétation que pose le par. 137(1) porte sur la question de savoir jusqu'à quel point l'insertion par renvoi rend applicable l'art. 14 de *The Municipal Act*.

La question soumise à la Cour divisionnaire a été, de consentement, restreinte à la compétence de la Commission municipale par suite de la dissolution du comté de Carleton et d'une requête présentée en vertu de l'art. 137 relativement à l'actif et au passif de l'ancien comté. La Cour divisionnaire a déclaré que l'actif en cause a été transféré à la Municipalité régionale, que la délivrance d'une ordonnance par la Commission municipale n'était pas une condition préalable de ce transfert et a interdit à la Commission municipale d'entendre aucune requête visant à faire déterminer les droits d'une municipalité regroupée sur l'actif en cause. La Cour d'appel à la majorité a confirmé le jugement de la Cour divisionnaire.

Arrêt (le juge Pratte étant dissident): Le pourvoi doit être accueilli.

Les juges Dickson, Estey et McIntyre: L'insertion par renvoi des al. 14(11)a), b) et d) est entièrement restreinte aux al. a), b) et d), sans les termes restrictifs ou limitatifs employés au début du par. (11). Les pouvoirs de la Commission insérés par renvoi à l'art. 137 seraient réduits à presque rien s'ils étaient restreints à ceux qu'elle peut exercer dans les cas de requêtes en annexion et fusion présentées en vertu du par. (2) de l'art. 14 comme le prétendent les appelantes. Le paragraphe 137(1) autorise la Commission à «exercer» les pouvoirs énoncés relativement aux objets énumérés à la fin du paragraphe: la dissolution du comté, le retrait du canton de Cumberland des comtés unis et la dissolution des services locaux d'hygiène et de voirie. On ne peut retenir l'argument selon lequel les municipalités regroupées ne détenaient, avant l'adoption de la loi en 1968, aucun droit en vertu de la loi ou en *equity* dans l'actif du comté et ne pouvaient, en conséquence, réclamer aucune indemnité lorsque cet actif a été transféré à la Municipalité régionale. La position des municipalités regroupées ne dépend pas d'un droit en vertu de la loi ou en *equity* de la nature d'un droit de propriété. Le droit revendiqué résulte de l'art. 14 de *The Municipal Act* inséré par l'art. 137 de la «loi concernant Ottawa-Carleton»; il s'agit du droit de demander la régularisation de l'actif de façon que les contributions des municipalités regroupées à l'actif de la nouvelle municipalité régionale soient équitables.

Per Beetz J. concurring in the result: As is stated by Pratte J. in his dissent, the language used by the Legislature in subsequent statutes cannot be of assistance as regards the meaning of the Act in issue.

Per Pratte J. dissenting: Under *The Municipal Act*, R.S.O. 1970, c. 284, the inhabitants of each of the appellants were constituted a body corporate, a corporation of township, for certain well defined objects. Prior to the passing of the 1968 "Ottawa-Carleton Act" these same inhabitants with others were also constituted as a distinct body corporate, known as a corporation of county, for other well defined but different objects. The appellants were not members of the County nor were they responsible to their respective inhabitants for the management of the affairs of the County. By the 1968 "Ottawa-Carleton Act" the inhabitants of the appellants were constituted into another body corporate, the Regional Municipality, and the County was dissolved. By s. 135 of the Act there was statutory vesting of the assets and liabilities of the County in the Regional Municipality. However, s. 135 did not create in favour of the appellants an interest in the assets and liabilities that were the County's. The effect of ss. 14(11) and 137(1) was to give the Municipal Board the power to adjust assets and liabilities as between the municipalities affected by the dissolution but this necessarily implies that the municipalities between which the adjustment is to take place have an interest in the assets and liabilities to be adjusted. An adjustment should not be made in favour of a municipality that has contributed nothing to the newly created Regional Municipality and whose assets and liabilities are not affected by the dissolution of the County.

The argument that the words "in relation to the dissolution of the County of Carleton" in s. 137 were to be given some meaning because of the rule of construction that effect must be given to all the words of a statute is not persuasive. First, because it is not absolute but is rather one of many guides and second, because it would be extraordinary if a municipality in no way affected by the dissolution of the County were to have a right to claim compensation for a non-existent interest in the County's assets and liabilities. In context the view that the words might have been inserted *ex abundanti cautela* or may be under some misapprehension as to the state of the law is to be preferred.

[*Township of Scarborough v. City of Toronto*, [1956] S.C.R. 450; *Kirkness (Inspector of Taxes) v. John Hudson & Co. Ltd.*, [1955] A.C. 696 (H.L.); *In re MacManaway and In re The House of Commons (Clergy Disqualification) Act, 1801*, [1950] A.C. 161;

Le juge Beetz, d'accord quant à la conclusion: Comme l'a affirmé le juge Pratte dans ses motifs de dissidence, les termes employés par la législature dans des lois subséquentes n'aident pas l'interprétation de la loi en cause.

Le juge Pratte, dissident: Aux termes de *The Municipal Act*, R.S.O. 1970, chap. 284, les habitants de chacune des appelantes formaient une entité juridique, une municipalité de canton créée à une fin bien précise. Avant l'adoption de la «loi concernant Ottawa-Carleton» en 1968, les mêmes habitants et ceux d'autres régions formaient également une entité juridique distincte, appelée municipalité de comté, créée à d'autres fins bien précises mais différentes. Les appelantes n'étaient pas membres du comté et n'avaient aucune responsabilité envers leurs habitants respectifs relativement à la gestion des affaires du comté. Aux termes de la «loi concernant Ottawa-Carleton» de 1968, les habitants des appelantes ont été constitués en une autre entité juridique, la Municipalité régionale, et le comté a été dissous. Selon l'art. 135 de la loi, l'actif et le passif du comté sont devenus l'actif et le passif de la Municipalité régionale. Toutefois, l'art. 135 n'a pas donné aux appelantes un droit sur l'actif et le passif qui appartenaient au comté. L'effet des par. 14(11) et 137(1) était de donner à la Commission municipale le pouvoir de régulariser l'actif et le passif des municipalités touchées par la dissolution. Mais ce pouvoir de régularisation implique nécessairement que les municipalités concernées ont un droit sur l'actif et le passif qui doit être régularisé. Il ne peut y avoir de régularisation à l'égard d'une municipalité qui n'a rien apporté à la nouvelle municipalité régionale et dont l'actif et le passif ne sont pas touchés par la dissolution du comté.

L'argument selon lequel il faut donner un sens aux termes «relativement à la dissolution du comté de Carleton» à l'art. 137 vu la règle d'interprétation selon laquelle tous les termes d'une loi doivent avoir un effet, n'est pas convaincant. Premièrement, cette règle n'est pas absolue; il s'agit d'un principe parmi plusieurs. Deuxièmement, il serait surprenant qu'une municipalité non touchée par la dissolution du comté puisse revendiquer une indemnité pour un droit inexistant sur l'actif et le passif du comté. Il faut préférer à cet argument la thèse selon laquelle ces mots ont été insérés *ex abundanti cautela* ou peut-être à la suite d'une conception erronée de l'état du droit.

[Jurisprudence: *Township of Scarborough c. City of Toronto*, [1956] R.C.S. 450; *Kirkness (Inspector of Taxes) v. John Hudson & Co. Ltd.*, [1955] A.C. 696 (C.L.); *In re MacManaway and In re The House of Commons (Clergy Disqualification) Act, 1801*, [1950]

Hayes v. Mayhood et al., [1959] S.C.R. 568; *The Village of Crystal Beach v. The Township of Bertie*, [1954] O.W.R. 441; *R. v. Black and Decker Manufacturing Co. Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 411; *Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg AG*, [1975] 1 All E.R. 810; *Laidlaw v. The Municipality of Metropolitan Toronto*, [1978] 2 S.C.R. 736, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ dismissing an appeal from a judgment of the Divisional Court declaring that certain assets had vested in the Regional Municipality of Ottawa-Carleton and prohibiting the Ontario Municipal Board from proceeding with applications pursuant to s. 14(11) (a), (b) and (d) of *The Municipal Act*, R.S.O. 1970, c. 284. Appeal allowed, Pratte J. dissenting.

R. A. Bell, Q.C., and *J. R. McIninch*, for the appellants.

G. J. Smith, Q.C., and *P. M. Perell*, for the Regional Municipality.

R. W. Baldwin, for the Corporation of the Township of Cumberland.

D. V. Hambling, Q.C., for the Corporation of the City of Ottawa.

The judgment of Dickson, Estey and McIntyre JJ. was delivered by

ESTEY J.—The Regional Municipality of Ottawa-Carleton applied to the Divisional Court for a writ of prohibition to prevent the Municipal Board from fixing compensation to be paid by the Regional Municipality to the area municipalities for the assets of the County of Carleton which passed to the Regional Municipality when *The Regional Municipality of Ottawa-Carleton Act*, 1968, (Ont.) dissolved the County and incorporated the Regional Municipality. This statute is Chapter 115 of The Statutes of Ontario, 1968 and is now consolidated as R.S.O. 1970, c. 407. For consistency and convenience, I will refer to the section numbers from the 1970 Revised Statutes. The principal operative section of the Act, so far as we are concerned, is s. 135, which reads as follows:

¹ (1978), 18 O.R. (2d) 615.

A.C. 161; *Hayes c. Mayhood et al.*, [1959] R.C.S. 568; *The Village of Crystal Beach v. The Township of Bertie*, [1954] O.W.R. 441; *R. c. Black and Decker Manufacturing Co. Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 411; *Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg AG*, [1975] 1 All E.R. 810; *Laidlaw c. La municipalité du Toronto métropolitain*, [1978] 2 R.C.S. 736.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ rejetant un appel interjeté de la décision de la Cour divisionnaire qui a déclaré que l'actif a été transféré à la Municipalité régionale d'Ottawa-Carleton et a interdit à la Commission municipale de l'Ontario d'entendre des requêtes présentées en vertu des al. 14(11)a), b) et d) de *The Municipal Act*, R.S.O. 1970, chap. 284. Pourvoi accueilli, le juge Pratte étant dissident.

R. A. Bell, c.r., et *J. R. McIninch*, pour les appelantes.

G. J. Smith, c.r., et *P. M. Perell*, pour la Municipalité régionale.

R. W. Baldwin, pour la Municipalité du canton de Cumberland.

D. V. Hambling, c.r., pour la ville d'Ottawa.

Version française du jugement des juges Dickson, Estey et McIntyre rendu par

LE JUGE ESTEY—La Municipalité régionale d'Ottawa-Carleton a demandé à la Cour divisionnaire un bref de prohibition en vue d'empêcher la Commission municipale d'établir l'indemnité payable par la Municipalité régionale aux municipalités regroupées pour l'actif du comté de Carleton transféré à la Municipalité régionale par suite de la dissolution du comté et de la constitution de la Municipalité régionale aux termes de *The Regional Municipality of Ottawa-Carleton Act*, 1968, (Ont.). Cette loi est publiée au chapitre 115 de The Statutes of Ontario, 1968 et figure maintenant au chapitre 407 des R.S.O. 1970. Pour des raisons de commodité et d'uniformité, je me référerai aux numéros d'articles des Statuts révisés de 1970. Aux fins de l'espèce, l'art. 135 constitue la principale disposition de la Loi:

¹ (1978), 18 O.R. (2d) 615.

(1) The Corporation of the County of Carleton is dissolved on the 1st day of January, 1969, and on the same date the Township of Cumberland is withdrawn from the County of Russell and the United Counties for all purposes.

(2) Subject to an order of the Municipal Board, all the assets and liabilities of the County of Carleton become, on the 1st day of January, 1969, the assets and liabilities of the Regional Corporation, and all documents and records kept by the clerk or treasurer or any other officer of the County of Carleton shall be transferred to the clerk of the Regional Corporation. 1968, c. 115, s. 154.

It will be observed at once that there is no reference to any compensation payable by the recipient Regional Corporation to either a trustee on behalf of the now dissolved County or to its component area municipalities. It may be convenient to make the observation at the outset that sometimes the legislation refers to "compensation" as being not payable consequent upon the restructuring of government units and agencies, but in the sections of the statute with which we are immediately concerned here, the term compensation is not used, but the idea is expressed in the words "the Municipal Board may . . . make all such adjustments of assets and liabilities as between the municipalities . . . as the Board may consider equitable;". In the course of argument counsel for all parties found it convenient to occasionally use the word compensation to include the adjusting process which may sometime occur where the municipalities are "affected" by the action being taken in the statute.

A similar provision relating to the roads commissions in the area now embraced by the regional government is found in s. 136 which provides for the dissolution of the Eastview Suburban Roads Commission and the Ottawa Suburban Roads Commission, and "subject to an order of the Municipal Board", all assets and liabilities of the dissolved Commissions are transferred to the Regional Corporation again without provision for compensation.

Similarly, under s. 76 of the statute, provision is made for the dissolution of existing Boards of Health in the area municipalities and the County of Carleton, and for the effective transfer of their respective assets and liabilities to the Regional

[TRANSDUCTION] (1) La Municipalité du comté de Carleton est dissoute à compter du 1^{er} janvier 1969 et, à la même date, le canton de Cumberland est, à toutes fins, détaché du comté de Russell et des comtés unis.

(2) Sous réserve d'une ordonnance de la Commission municipale, tout l'actif et le passif du comté de Carleton devient, à compter du 1^{er} janvier 1969, l'actif et le passif de la Municipalité régionale et tous les documents et dossiers conservés par le greffier, trésorier ou autre fonctionnaire du comté de Carleton sont transmis au greffier de la Municipalité régionale. 1968, chap. 115, art. 154.

Il y a lieu de signaler au départ qu'on ne fait aucune mention d'une indemnité payable par la Municipalité régionale soit à un fiduciaire au nom du comté dissous soit aux municipalités regroupées qui la constituent. Il convient également de faire observer que la législation dit parfois qu'aucune «indemnité» n'est payable par suite de la réorganisation d'entités ou d'agences gouvernementales. Cependant, les articles de la loi à l'étude n'emploient pas le mot indemnité mais y font allusion comme suit: [TRANSDUCTION] «la Commission municipale peut . . . procéder aux opérations de régularisation de l'actif et du passif des municipalités . . . que la Commission estime équitable d'effectuer.». Au cours des débats, les avocats de toutes les parties ont parfois employé le mot indemnité pour désigner les opérations de régularisation rendues nécessaires lorsque des municipalités sont «touchées» par les dispositions de la loi.

Une disposition semblable relative aux services de voirie de la région qui fait maintenant partie de la Municipalité régionale figure à l'art. 136 qui prévoit la dissolution de l'Eastview Suburban Roads Commission et de l'Ottawa Suburban Roads Commission, et, [TRANSDUCTION] «sous réserve d'une ordonnance de la Commission municipale», tout l'actif et le passif des services dissous est transféré à la Municipalité régionale, encore une fois sans qu'aucune indemnité ne soit prévue.

De même, l'art. 76 de la Loi prévoit la dissolution des services d'hygiène des municipalités regroupées et du comté de Carleton et le transfert de leur actif et de leur passif respectifs à la Municipalité régionale. Ici encore, aucune disposi-

Corporation. Again, no reference is made to the payment of any compensation or the adjustment of assets and liabilities as a result of the dissolution and effective transfer of assets mentioned. Interestingly, the vesting of assets pursuant to s. 76(2) is not made "subject to an order of the Municipal Board" as is the case in ss. 135 and 136.

This then brings one to the heart of the controversy, s. 137, which provides:

(1) Except as provided in this Act, the Municipal Board upon the application of any area municipality*, the Regional Corporation or the United Counties may exercise any of the powers under clauses a, b and d of subsection 11 of section 14 of *The Municipal Act* in relation to the dissolution of the County of Carleton and the removal of the Township of Cumberland from the County of Russell and the United Counties and the dissolution of local boards of health and suburban roads commissions under this Act.

(2) In the event of any doubt as to whether any particular asset or liability is vested in the Regional Corporation under this Act, the Municipal Board upon application has power to determine the matter as sole arbitrator and sections 94 and 95 of *The Ontario Municipal Board Act* do not apply to decisions or orders made in the exercise of such power. 1968, c. 115, s. 156.

Turning to s. 135(1) which is, of course, the key organizational section in the statute from the point of view of the restructuring of the municipal government of the area, it is to be observed that subs. (2) is prefaced by the words "Subject to an order of the Municipal Board". The Regional Municipality did indeed, on November 24, 1969, make an application under ss. 135 and 136 to the Ontario Municipal Board for an order confirming the vesting of the assets and liabilities of the former County of Carleton and the former roads commis-

* The term "area municipality" is defined in the statute as meaning the two cities geographically located within the County of Carleton, the ten townships and the three villages also comprised in the County of Carleton, as well as the Township of Cumberland, formerly in the County of Russell and the United Counties. This latter entity is described in a variety of ways in the statute, and for convenience will be referred to herein as the United Counties.

sion ne prévoit le paiement d'une indemnité ou la régularisation de l'actif et du passif par suite de la dissolution et du transfert d'actif. A cet égard, il est intéressant de noter que le transfert d'actif prévu au par. 76(2) n'est pas fait [TRADUCTION] «sous réserve d'une ordonnance de la Commission municipale» comme c'est le cas aux art. 135 et 136.

Cela m'amène au cœur de la controverse, en l'occurrence l'art. 137:

[TRADUCTION] (1) Sous réserve des dispositions de la présente loi, la Commission municipale peut, sur requête d'une municipalité regroupée* de la Municipalité régionale ou des comtés unis, exercer les pouvoirs énoncés aux alinéas a), b) et d) du paragraphe (11) de l'article 14 de *The Municipal Act* relativement à la dissolution du comté de Carleton et au retrait du canton de Cumberland du comté de Russell et des comtés unis, et à la dissolution des services locaux d'hygiène et de voirie en vertu de la présente loi.

(2) En cas de doute quant à savoir si un élément d'actif ou de passif revient à la Municipalité régionale en vertu de la présente loi, la Commission municipale a le pouvoir, sur requête, de trancher la question à titre d'unique arbitre et les articles 94 et 95 de *The Ontario Municipal Board Act* ne s'appliquent pas aux décisions et ordonnances rendues dans l'exercice de ce pouvoir. 1968, chap. 115, art. 156.

J'en viens au par. 135(1) qui constitue la disposition la plus importante de la loi relativement à la réorganisation de l'administration municipale de la région; il convient de signaler que le par. (2) commence comme suit [TRADUCTION] «Sous réserve d'une ordonnance de la Commission municipale». Le 24 novembre 1969, la Municipalité régionale a effectivement présenté une requête à la Commission municipale de l'Ontario en vertu des art. 135 et 136 afin d'obtenir une ordonnance qui confirmerait le transfert de l'actif et du passif de

* Dans la loi, l'expression «municipalités regroupées» signifie les deux villes situées dans le comté de Carleton, les dix cantons et les trois villages également compris dans le comté de Carleton, de même que le canton de Cumberland, antérieurement situé dans le comté de Russell et les comtés unis. La loi désigne cette dernière entité de différentes façons et, pour plus de commodité, je parlerai des comtés unis.

sions in the Regional Municipality. The Regional Municipality on October 4th, 1974 abandoned this application to which before its abandonment the Township of North Gower (now amalgamated into the Corporation of the Township of Rideau) objected on the grounds that a vesting order should not be made prior to a determination under s. 137 of the interest of the Township of North Gower in the assets and liabilities of the dissolved County. At the same time (29 January 1970), the Township of North Gower made its own application under ss. 135, 136 and 137 for the purpose of determining the respective interests of the parties in the assets in question. The Ontario Municipal Board made an interim order dated May 5, 1970 directing the Regional Municipality to provide the area municipalities with inventories of the assets and liabilities in question. The Township of Nepean, by an application dated November 1, 1973 to The Ontario Municipal Board, sought a determination under s. 137 of the interests of Nepean and the other area municipalities in the dissolved municipal organizations. In the end, therefore, the applications before the Municipal Board from two area municipalities asked the Board to determine the adjustments of assets and liabilities between municipalities arising out of the dissolution of the County and the related questions with reference to the roads commissions pursuant to ss. 135, 136 and 137.

The City of Ottawa requested the Board, on the return of these applications in December 1974, to state a case to the Divisional Court regarding the Board's powers under s. 137 of the Act and when the Board failed to do so but rather fixed a date for hearing of these applications, the Regional Municipality instituted proceedings in the Divisional Court by way of an application:

- (a) for a declaration that the assets and liabilities of the County of Carleton had vested in the Regional Municipality with effect January 1, 1969; and,

l'ancien comté de Carleton et des anciens services de voirie à la Municipalité régionale. Le 4 octobre 1974, la Municipalité régionale a retiré cette requête à laquelle s'était déjà opposé le canton de North Gower (maintenant fusionné à la Municipalité du canton de Rideau) au motif qu'une ordonnance confirmant le transfert ne pouvait être rendue avant la détermination, en vertu de l'art. 137, des droits du canton de North Gower sur l'actif et le passif du comté dissous. Au même moment (le 29 janvier 1970), la canton de North Gower a présenté sa propre requête en vertu des art. 135, 136 et 137 afin de faire établir les droits respectifs des parties sur l'actif en question. Par une ordonnance interlocutoire en date du 5 mai 1970, la Commission municipale de l'Ontario a enjoint à la Municipalité régionale de remettre aux municipalités regroupées un inventaire de l'actif et du passif en question. Par une requête en date du 1^{er} novembre 1973, le canton de Nepean a demandé à la Commission municipale de l'Ontario d'établir, en vertu de l'art. 137, les droits de Nepean et des autres municipalités regroupées dans les organisations municipales dissoutes. En conséquence, les requêtes présentées à la Commission municipale par les deux municipalités regroupées demandaient à la Commission de procéder à la régularisation de l'actif et du passif des municipalités par suite de la dissolution du comté et de trancher les questions connexes relatives aux services de voirie en application des art. 135, 136 et 137.

A la présentation de ces requêtes en décembre 1974, la ville d'Ottawa a demandé à la Commission de formuler un exposé de cause devant la Cour divisionnaire relativement aux pouvoirs de la Commission en vertu de l'art. 137 de la Loi et, devant le refus de la Commission d'accéder à cette demande et sa décision de fixer une date pour l'audition de ces requêtes, la Municipalité régionale a intenté des procédures devant la Cour divisionnaire par voie de requête visant à obtenir:

- [TRADUCTION] a) une déclaration que l'actif et le passif du comté de Carleton ont été transmis à la Municipalité régionale à compter du 1^{er} janvier 1969; et,

- (b) for an order prohibiting the hearing by the Municipal Board of the applications by the area municipalities determining the interests of the area municipalities in the assets of the County of Carleton, the Eastview Suburban Roads Commission and the Ottawa Suburban Roads Commission.

In fact the issue before the Divisional Court was narrowed by the consent of all parties to the question of the jurisdiction of the Board with reference to the assets and liabilities of the former County of Carleton. All parties from that time forward have been in agreement that the Municipal Board has jurisdiction under the aforementioned sections of the statute with reference to the adjustment of the assets and liabilities in relation to the dissolution of the local boards of health and the suburban roads commissions, and the removal of the Township of Cumberland from the United Counties. The sole issue remaining before the Divisional Court and now before this Court is the jurisdiction of the Board, consequent upon the dissolution of the County of Carleton, upon an application being made under s. 137 concerning the assets and liabilities of the former County.

The Divisional Court, in response to the application by the Regional Municipality, issued the following order:

1. IT IS DECLARED THAT the assets of the County of Carleton, The Eastview Suburban Roads Commission and The Ottawa Suburban Roads Commission as they existed on the 31st day of December 1968 vested in the Regional Municipality of Ottawa-Carleton on the first day of January 1969 pursuant to the Regional Municipality of Ottawa-Carleton Act, S.O. 1968, c. 115, sections 154, 155 and 156 (now R.S.O. 1970, c. 407) sections 135, 136 and 137), and that an order of the Ontario Municipal Board was not a condition precedent to that vesting;
2. IT IS ORDERED THAT the Ontario Municipal Board be prohibited from proceeding with any application for an order to determine the interest of any of the area municipalities in the Regional Municipality of Ottawa-Carleton in the assets of the County of Carleton, but without prejudice to the right of the said Board to deal with matters of compensation relating to the dissolution of local boards of health and suburban roads commissions.

- b) une ordonnance qui interdise à la Commission municipale d'entendre les requêtes présentées par les municipalités regroupées afin d'établir les droits des municipalités regroupées sur l'actif du comté de Carleton, de l'Eastview Suburban Roads Commission et de l'Ottawa Suburban Roads Commission.

En réalité, la question soumise à la Cour divisionnaire a été, du consentement de toutes les parties, restreinte à la compétence de la Commission relativement à l'actif et au passif de l'ancien comté de Carleton. A compter de ce moment, toutes les parties ont convenu que la Commission municipale avait compétence en vertu des dispositions susmentionnées de la loi relativement aux opérations de régularisation de l'actif et du passif par suite de la dissolution des services locaux d'hygiène et de voirie et du retrait du canton de Cumberland des comtés unis. La seule question en litige devant la Cour divisionnaire et la présente Cour porte sur la compétence de la Commission par suite de la dissolution du comté de Carleton et d'une requête présentée en vertu de l'art. 137 relativement à l'actif et au passif de l'ancien comté.

En réponse à la requête de la Municipalité régionale, la Cour divisionnaire a délivré l'ordonnance suivante:

- [TRADUCTION] 1. IL EST DÉCLARÉ QUE l'actif du comté de Carleton, de l'Eastview Suburban Roads Commission et de l'Ottawa Suburban Roads Commission au 31 décembre 1968 a été transféré à la Municipalité régionale d'Ottawa-Carleton le 1^{er} janvier 1969 en vertu des articles 154, 155 et 156 de *The Regional Municipality of Ottawa-Carleton Act*, S.O. 1968, chap. 115, (maintenant R.S.O. 1970, chap. 407, articles 135, 136 et 137) et que la délivrance d'une ordonnance par la Commission municipale de l'Ontario n'était pas une condition préalable de ce transfert;
2. IL EST INTERDIT à la Commission municipale de l'Ontario d'entendre aucune requête visant à faire déterminer les droits d'une municipalité regroupée de la Municipalité régionale d'Ottawa-Carleton sur l'actif du comté de Carleton, sans préjudice du droit de ladite commission d'établir l'indemnité payable par suite de la dissolution des services locaux d'hygiène et de voirie.

3. IT IS ORDERED THAT there be no award as to costs.

All parties had effectively agreed to the issuance of para. one and none of the parties opposed its issuance by the Divisional Court or now ask that this part of the order be struck out. With reference to para. one, it is noted that in the Divisional Court O'Leary J., in discussing the role of the Municipal Board under s. 135(2), observed in passing that:

One would have thought that no such application [to the Board] was necessary because of the wording of s. 135(2) . . .

In the majority judgment, the late Mr. Justice Garrett observed:

It seems to be clear that the assets of the old County of Carleton were vested in the Region by virtue of the passing of the Act and that such vesting is not dependent on any order of The Ontario Municipal Board.

Wilson J., speaking on behalf of the majority of the Court of Appeal, stated with reference to the meaning of these opening words in s. 135(2):

I concur in the view expressed by Mr. Justice O'Leary that these opening words have reference to the adjustment powers of the Board under s. 137(1) . . .

I can find no such expression of view by Mr. Justice O'Leary in his dissent although it may well be inherent from his above-quoted observation with reference to there being no need for an order by the Municipal Board as a condition precedent to the operation of s. 135. Recognizing that some meaning must, wherever possible, be attributed to all words in a statute, it would appear that either the opening words of subs. (2) refer to a condition precedent in the form of a Board order, or they refer to an order of the Municipal Board made under some other provision in the Act. The former meaning is most unlikely and unrealistic. The Legislature, having dissolved the County under subs. (1) and having provided by subs. (2) that the assets of the dissolved County become the assets of the new governmental entity (the Regional Corporation) would not without the clearest words have made such disposition of assets and liabilities subject to the order of a third party unguided by any

3. IL N'Y AURA aucune adjudication de dépens.

Toutes les parties étaient effectivement d'accord en ce qui concerne le par. 1 et aucune d'entre elles ne s'y est opposée et n'a demandé sa radiation. Au sujet du par. 1, le juge O'Leary de la Cour divisionnaire a dit, relativement au rôle de la Commission municipale en vertu du par. 135(2):

[TRADUCTION] On aurait pu penser, vu le texte du par. 135(2), qu'aucune requête de ce genre (adressée à la Commission) n'était nécessaire . . .

Dans le jugement de la majorité, feu le juge Garrett a fait remarquer:

[TRADUCTION] Il semble clair que l'actif de l'ancien comté de Carleton a été transféré à la Municipalité régionale par l'adoption même de la Loi et que ce transfert ne dépend d'aucune ordonnance de la Commission municipale de l'Ontario.

Parlant au nom de la majorité de la Cour d'appel, le juge Wilson a déclaré au sujet du sens de la réserve au début du par. 135(2):

[TRADUCTION] Je partage l'opinion du juge O'Leary selon laquelle cette réserve renvoie aux pouvoirs de la Commission de procéder à des opérations de rajustement en vertu du par. 137(1) . . .

Je ne retrouve pas cette opinion dans la dissidence du juge O'Leary, quoiqu'elle puisse fort bien découler de la remarque précitée selon laquelle une ordonnance de la Commission municipale ne constituait pas une condition préalable de l'application de l'art. 135. Reconnaissant le principe selon lequel tous les termes d'une loi doivent, autant que possible, avoir un sens, il semble que le début du par. (2) renvoie soit à une condition préalable prenant la forme d'une ordonnance de la Commission, soit à une ordonnance de la Commission municipale rendue en vertu d'une autre disposition de la Loi. La première interprétation est des plus improbables et irréalistes. Ayant, au par. (1), dissous le comté et prévu, au par. (2), que l'actif du comté dissous devenait l'actif de la nouvelle administration (la Municipalité régionale), la législature n'aurait pas, sans employer des termes très clairs, assujetti ce transfert de l'actif et du passif à une ordonnance d'un tiers qui n'est guidé par

standard or directives in the subsection. It is therefore reasonable to conclude that the reference in s. 135(2) is to the power given to the Board under s. 137(2) to settle any doubt as to whether a particular asset or liability is vested in the Regional Corporation by reason of the operation of this statute. It may be as well that the reference in s. 135(2) is to the adjusting powers granted to the Board under s. 137(1) (which incorporates s. 14 of *The Municipal Act* as discussed below) with reference to the adjustment of assets and liabilities "between the municipalities including counties . . . as the Board may consider equitable". However, the adjusting powers in s. 137(1) refer to the consequences of the vesting or devolution of assets under s. 135 and would not appear to affect the title of the Regional Corporation to the assets. Section 137(2) does, however, give the Board an express power to resolve any doubt as to whether particular assets vested in the Regional Corporation by reason of the happening of the events described in s. 137(1), which includes the dissolution of the County, the removal of the Township of Cumberland from the United Counties, and the dissolution of the local boards of health and the roads commissions. While the statute does not create any role for the Divisional Court in the process of vesting assets from one governmental unit to another, the Divisional Court has done no more than make a declaration as to the meaning of s. 135(2) and in doing so, that Court has avoided any positive assertion as to the Board's powers in connection with the other sections of the Act mentioned in the order.

The Ontario Court of Appeal (Jessup J.A. dissenting) dismissed an appeal from the judgment of the Divisional Court. Wilson J.A., with whom MacKinnon J.A. concurred, stated:

I think that in so holding the majority of the Divisional Court have given effect to the distinction between horizontal amalgamation and vertical amalgamation and I would respectfully concur with their analysis. There is, in my view, nothing in the Act to suggest that the individual Townships are each bringing their respective shares of the County of Carleton assets into regional government. Indeed, s. 135 of the Act in subsection (1) dissolves the County and in subsection (2) states that the assets and liabilities of the County [my emphasis] become the assets and liabilities of the Region. It is a

aucune norme ou ligne directrice énoncée au paragraphe. Il est donc raisonnable de conclure que le par. 135(2) se réfère au pouvoir qu'a la Commission en vertu du par. 137(2) de trancher toute question litigieuse quant à savoir si un bien ou une dette revient à la Municipalité régionale aux termes de cette loi. Il se peut également que le par. 135(2) renvoie au pouvoir de procéder à des opérations de régularisation conféré à la Commission au par. 137(1) (qui insère l'art. 14 de *The Municipal Act* que j'analyse plus loin) relativement à l'actif et au passif «des municipalités, y compris les comtés, que la Commission estime équitable d'effectuer». Cependant, les pouvoirs de régularisation prévus au par. 137(1) ont trait aux conséquences du transfert ou de la remise de l'actif en vertu de l'art. 135 et ne semblent pas s'appliquer au droit de la Municipalité régionale sur l'actif. Par contre, le par. 137(2) confère expressément à la Commission le pouvoir de dissiper tout doute quant à savoir si un bien revient à la Municipalité régionale par suite de la réalisation d'un des événements décrits au par. 137(1), ce qui comprend la dissolution du comté, le retrait du canton de Cumberland des comtés unis et la dissolution des services locaux d'hygiène et de voirie. Même si la loi ne confère aucun rôle spécifique à la Cour divisionnaire relativement aux procédures de transfert de l'actif d'une unité gouvernementale à l'autre, la Cour divisionnaire s'est uniquement prononcée sur le sens du par. 135(2) et, ce faisant, elle a évité toute déclaration positive quant aux pouvoirs de la Commission relativement aux autres articles de la Loi mentionnés dans l'ordonnance.

La Cour d'appel de l'Ontario (le juge Jessup étant dissident) a rejeté l'appel du jugement de la Cour divisionnaire. Le juge Wilson, dont l'opinion a été partagée par le juge MacKinnon, a dit:

[TRADUCTION] A mon avis, par cette conclusion, la majorité de la Cour divisionnaire a appliqué la distinction entre la fusion horizontale et la fusion verticale et, avec égards, je suis d'accord avec son analyse. Rien dans la Loi ne permet de dire que chaque canton transfère sa part respective des biens du comté de Carleton à l'administration régionale. En réalité, le par. (1) de l'art. 135 de la Loi dissout le comté et le par. (2) précise que l'actif et le passif du comté [c'est moi qui souligne] deviennent l'actif et le passif de la Municipalité régionale. Ce transfert s'effectue en une seule étape et non en

one-step transference of assets, not a two-step transference. The assets and liabilities do not go from the County to the Townships to the Region. They go from the County to the Region. Accordingly, it would be completely inappropriate to state that the Townships were not to be entitled to compensation. How could they be so entitled? There was no break-up of the County assets among them nor did they themselves have any status as of the date of the dissolution of the County. They had already been melded into the body corporate of the Region under s. 2(1) of the Act.

I accept the submission made by Mr. Smith on behalf of the Region that the powers conferred on the Board in s. 137(1) of the Act by the incorporation into it by reference of sub-clauses (a), (b) and (d) of s. 14(11) of *The Municipal Act* must be construed in their contextual framework in *The Municipal Act*. They can be used only where there is horizontal amalgamation or annexation with a resultant deprivation of assets.

Wilson J.A. in using the expression "They had already been melded into the body corporate of the Region" apparently refers to the area municipalities rather than to the assets of the County. The area municipalities of course were not "melded" or "amalgamated". Their respective inhabitants were "constituted" as a body corporate under the name of the Regional Municipality of Ottawa-Carleton. The townships, villages and cities continued in existence although their powers and functions may have been varied in the new organization.

Jessup J.A. would have allowed the appeal for the reasons given by O'Leary J., dissenting, in the Divisional Court who stated in part:

I would have thought that once the applicant conceded that the area municipalities could invoke the powers of the Ontario Municipal Board under section 14(11) in regard to the dissolution of local boards of health and suburban roads commissions, that the applicant would also have to agree that the area municipalities could invoke the powers of the Municipal Board in regard to the assets formerly owned by the County of Carleton, since the right of the said municipalities to do either is contained in the same words, in the same section, namely, section 137(1) of *The Regional Municipality of Ottawa-Carleton Act*.

deux étapes. Les éléments d'actif et de passif du comté ne passent pas par les cantons avant d'aller à la Municipalité régionale. Ils passent directement du comté à la Municipalité régionale. En conséquence, il serait tout à fait inexact de dire que les cantons n'avaient pas le droit d'être indemnisés. Comment pourraient-ils avoir un tel droit? Il n'y a eu entre-eux aucun partage des éléments d'actif du comté et ils n'avaient aucune qualité pour agir au moment de la dissolution du comté. Aux termes du par. 2(1) de la Loi, ils avaient déjà été intégrés à la Municipalité régionale.

J'accepte l'argument de M^e Smith au nom de la Municipalité régionale selon lequel il faut interpréter en tenant compte du contexte de *The Municipal Act* les pouvoirs conférés à la Commission au par. 137(1) de la Loi par l'insertion des al. a), b) et d) du par. 14(11) de *The Municipal Act* au moyen d'un renvoi. Ces pouvoirs ne peuvent être exercés qu'en cas de fusion ou d'annexion horizontale provoquant une dépossession d'actifs.

Par l'expression «ils avaient déjà été intégrés à la municipalité régionale», le juge Wilson semble se référer aux municipalités regroupées plutôt qu'à l'actif du comté. Il est bien évident que les municipalités regroupées n'ont pas été «intégrées» ni «fusionnées». Leurs habitants respectifs ont été «constitués» en une entité juridique appelée Municipalité régionale d'Ottawa-Carleton. Les cantons, villages et villes ont conservé leur existence même si leurs pouvoirs et responsabilités ont pu être modifiés dans la réorganisation.

Le juge Jessup aurait accueilli l'appel pour les mêmes motifs que ceux que le juge O'Leary de la Cour divisionnaire a exprimés dans sa dissidence; ce dernier avait notamment dit:

[TRADUCTION] J'aurais pensé que si elle admettait que les municipalités regroupées pouvaient demander à la Commission municipale de l'Ontario d'exercer les pouvoirs que lui confère le par. 14(11) relativement à la dissolution des services locaux d'hygiène et de voirie, la requérante devait également admettre que les municipalités regroupées pouvaient demander à la Commission municipale d'exercer ses pouvoirs relatifs à l'actif de l'ancien comté de Carleton puisque le droit desdites municipalités de demander l'exercice de l'un ou l'autre de ces pouvoirs est prévu par les mêmes termes, dans le même paragraphe, savoir le par. 137(1) de *The Regional Municipality of Ottawa-Carleton Act*.

The applicant argued that the Municipal Board only has powers to adjust assets under section 14(11) of *The Municipal Act* where there has been made to it an application for amalgamation of municipalities or for annexation of the whole or part of one municipality to another under section 14(2) of *The Municipal Act*; and that the Municipal Board not having before it any such application, it has no power under section 14(11) to adjust assets "in relation to the dissolution of the County of Carleton" in spite of the existence of those words in section 137(1) of *The Regional Municipality of Ottawa-Carleton Act*. If that argument were valid, the Municipal Board would not have the power to adjust assets in regard to the dissolution of local boards of health and suburban roads commissions, and yet it is conceded by the applicant the Municipal Board does have such power.

The issue before this Court is whether or not the Divisional Court and the Court of Appeal erred in ordering that the Municipal Board be prohibited from entertaining applications by the townships for an adjustment of assets and liabilities upon the dissolution of the County of Carleton. The issue turns on the interpretation of s. 137 of the Act.

The interpretative difficulty arising under s. 137(1) relates to how much of s. 14 of *The Municipal Act*, R.S.O. 1970, c. 284, (having regard to comments in the foregoing paragraphs) is made applicable by the incorporating reference. Section 14 of *The Municipal Act* is in that part of that Act headed "Alteration of Boundaries", and subs. (2) refers only to applications to the Municipal Board for an order by that Board amalgamating municipalities or annexing to a municipality the whole or part of another municipality. Subsection 11(a), (b) and (d), to which reference is made in the incorporating section of the Ottawa-Carleton statute, s. 137, provides as follows:

(11) The Municipal Board may, by any order made pursuant to an application under this section or by subsequent order or orders,

(a) make all such adjustments of assets and liabilities as between the municipalities, including counties, affected by any such order as may be agreed upon or, in default of agreement, as the Board may consider equitable;

La requérante prétend que le par. 14(11) de *The Municipal Act* n'habilite la Commission municipale à régulariser l'actif que lorsqu'elle est saisie d'une requête visant la fusion de municipalités ou l'annexion de la totalité ou d'une partie d'une municipalité à une autre en vertu du par. 14(2) de *The Municipal Act*; et qu'en l'absence d'une telle requête, la Commission municipale n'a pas le pouvoir prévu au par. 14(11) de régulariser l'actif «relativement à la dissolution du comté de Carleton» malgré la présence de ces termes au par. 137(1) de *The Regional Municipality of Ottawa-Carleton Act*. Si cet argument était valide, la Commission municipale n'aurait pas le pouvoir de procéder aux opérations de régularisation de l'actif par suite de la dissolution des services locaux d'hygiène et de voirie; la requérante reconnaît cependant que la Commission municipale possède ce pouvoir.

Il s'agit donc de déterminer si la Cour divisionnaire et la Cour d'appel ont commis une erreur en interdisant à la Commission municipale d'entendre les requêtes des cantons en vue de régulariser l'actif et le passif par suite de la dissolution du comté de Carleton. La solution de ce litige dépend de l'interprétation de l'art. 137 de la Loi.

La difficulté d'interprétation que pose le par. 137(1) porte sur la question de savoir jusqu'à quel point l'insertion par renvoi rend applicable l'art. 14 de *The Municipal Act*, R.S.O. 1970, chap. 284, (compte tenu des commentaires qui précèdent). L'article 14 de *The Municipal Act* figure dans une partie de la Loi intitulée [TRADUCTION] «Modification des limites territoriales» et le par. (2) renvoie uniquement à des requêtes présentées à la Commission municipale afin d'obtenir une ordonnance en vue de fusionner des municipalités ou d'annexer à une municipalité la totalité ou une partie d'une autre municipalité. Les alinéas (11)a), b) et d) insérés par renvoi dans l'art. 137 de la loi concernant Ottawa-Carleton disposent:

[TRADUCTION] (11) La Commission municipale peut, par une ordonnance édictée à la suite d'une requête présentée en vertu du présent article ou par une ordonnance subséquente,

a) procéder à toutes les opérations de régularisation de l'actif et du passif des municipalités visées par une telle ordonnance, y compris les comtés, dont il sera convenu ou, à défaut d'accord, aux opérations que la Commission estime équitable d'effectuer;

- (b) create, amalgamate or dissolve such local boards and make such adjustments of assets and liabilities of local boards as may be agreed upon or, in default of agreement, as the Board may consider equitable;
- (d) appoint one or more referees, who shall have all the powers mentioned in section 52 of *The Ontario Municipal Board Act*, to inquire into and report to the Board upon the adjustments of assets and liabilities and of rights, claims, liabilities and obligations referred to in clauses a, b and c, or any of them, the report to be filed with the Board within such time as the Board may from time to time allow, and the Board shall consider the report and may hear such representations with respect thereto as it may see fit and may adopt, vary or amend the report or refer it back to the referee or referees for further consideration, and the order of the Board adopting the report or varying or amending the report is final and conclusive and not open to question or appeal and is binding upon all municipalities and local boards affected thereby;
- b) créer, fusionner ou dissoudre les services locaux et procéder aux opérations de régularisation de l'actif et du passif des services visés dont il sera convenu ou, à défaut d'accord, aux opérations que la Commission estime équitable d'effectuer;
- d) nommer un ou plusieurs arbitres ayant les pouvoirs mentionnés à l'article 52 de *The Ontario Municipal Board Act*, pour faire enquête et rapport à la Commission sur les opérations de régularisation de l'actif et du passif et sur les droits, réclamations, dettes et obligations mentionnées aux alinéas a), b) et c); le rapport doit être déposé auprès de la Commission dans le délai que cette dernière peut fixer et la Commission, après étude du rapport, peut, à sa discrétion, entendre les observations s'y rapportant et adopter, modifier ou amender le rapport ou le renvoyer aux arbitres pour qu'ils étudient plus amplement la question, et l'ordonnance de la Commission adoptant, modifiant ou amendant le rapport est finale et non susceptible de contestation ou d'appel et lie toutes les municipalités et tous les services locaux concernés;

The incorporation by reference of a segment of another statute is always fraught with danger and difficulty. For example, these clauses were included in s. 14 because of the nature of the orders the Board is qualified to issue under that section and so the introduction to subs. (11) states in part that the Board may, in connection with "an order made pursuant to an application under this section", make the adjustments as described. Section 14 orders are limited by subs. (2) thereof to orders for amalgamation of or annexation to, municipalities. Neither of these actions were undertaken in this statute (except possibly that taken with reference to the Township of Cumberland) and in any case the action taken was done by the Legislature itself and not by order of the Board. Consequently, the reference in clause (a) to an "order" in the phrase "by any such order" must be adapted to the statutory pattern of *The Regional Municipality of Ottawa-Carleton Act* and hence must be taken to refer to the legislative action bringing into being the Regional Corporation and bringing about the inclusion therein of the Township of Cumberland, and the dissolution of the County and the dissolution of the boards of health and roads commissions. To read the statute otherwise would, as

L'insertion par renvoi d'une partie d'une autre loi présente toujours un danger et des difficultés. Par exemple, ces alinéas ont été insérés à l'art. 14 à cause de la nature des ordonnances que la Commission est habilitée à rendre en vertu de cet article, ce qui explique l'insertion du par. (11) qui dispose notamment que la Commission peut, relativement à «une ordonnance édictée à la suite d'une requête présentée en vertu du présent article», procéder aux opérations de régularisation décrites. Les ordonnances rendues en vertu de l'art. 14 sont, aux termes du par. (2) de cet article, limitées à des questions de fusion ou d'annexion de municipalités. Aucune de ces mesures n'a été prise en vertu de cette loi (sauf peut-être la mesure prise à l'égard du canton de Cumberland) et, quoi qu'il en soit, la mesure a été prise par la législature elle-même et non par une ordonnance de la Commission. Il faut adapter au contexte de *The Regional Municipality of Ottawa-Carleton Act* la mention d'«ordonnance» dans l'expression «par une telle ordonnance» à l'al. a) et, en conséquence, il faut considérer qu'elle se rapporte à la mesure législative dont l'effet est de créer la Municipalité régionale, d'y inclure le canton de Cumberland et de dissoudre le comté et les services d'hygiène et

Justice O'Leary stated in the Divisional Court, be to reduce the powers incorporated by reference in s. 137 to nothing or nearly nothing.

The appellants have strenuously argued that the incorporation by reference of the above-mentioned three clauses of subs. (11) of s. 14 of *The Municipal Act* into this statute through s. 137(1) necessarily results in a jurisdiction in the Board to adjust the assets and liabilities amongst and between the participating governmental entities so as to compensate the contributory area municipalities for the vesting of the County assets, to the acquisition of which they have contributed, in the Regional Corporation. The respondents, on the other hand, submit that the incorporating reference (except in respect of the roads commissions and the health boards) must be limited to the type of application which may be brought under s. 14(2), that is annexations and amalgamations.

It is patently inconsistent to interpret the reference to s. 14(11) as including any more than subparas. (a), (b) and (d) for the simple reason that subs. (11) itself is prefaced by a reference to an order made pursuant to s. 14 which by subs. (2) is limited to amalgamation and annexation orders, neither of which occur under s. 137 or the Act of which it forms a part. I therefore conclude that the referential incorporation is restricted entirely to the provision of subclauses (a), (b) and (d), without the qualifying or delimiting words in the introduction to subs. (11). The subsection provides for the "exercise" by the Board of the enumerated powers with reference to those matters set out in the balance of s. 137(1) of the Act: the dissolution of the County of Carleton; the removal of the Township of Cumberland from the United Counties; and the dissolution of the local boards of health and suburban roads commissions.

I am not persuaded by the argument that the area municipalities, prior to the passage of *The Regional Municipality of Ottawa-Carleton Act, 1968* (Ont.) had no interest, legal or equitable, in the assets of the County and could, therefore, have no claim for compensation when those assets vested in the Regional Municipality. In my opin-

de voirie. Toute autre interprétation aurait l'effet, comme l'a souligné le juge O'Leary de la Cour divisionnaire, de réduire à rien ou presque rien les pouvoirs insérés par renvoi à l'art. 137.

Les appelantes soutiennent que cette insertion des trois alinéas du par. (11) de l'art. 14 de *The Municipal Act* dans cette loi par le par. 137(1) confère nécessairement compétence à la Commission pour procéder aux opérations de régularisation de l'actif et du passif des entités administratives visées afin d'indemniser les municipalités regroupées pour le transfert à la Municipalité régionale des biens du comté qu'elles avaient contribué à acheter. D'autre part, les intimées prétendent que l'insertion par renvoi (sauf dans le cas des services d'hygiène et de voirie) doit être restreinte au type de requête qui peut être présentée en vertu du par. 14(2), c.-à-d. les cas d'annexion et de fusion.

Il est manifestement illogique de considérer que le renvoi au par. 14(11) introduit plus que les al. a), b) et d) pour la simple raison que le par. (11) lui-même est précédé d'un renvoi à une ordonnance édictée en vertu de l'art. 14, ordonnance qui, aux termes du par. (2), ne peut porter que sur des fusions et annexions auxquelles ni l'art. 137 ni la Loi dont il fait partie ne s'appliquent. Je conclus donc que l'insertion par renvoi est entièrement restreinte aux al. a), b) et d), sans les termes restrictifs ou limitatifs employés au début du par. (11). Le paragraphe autorise la Commission à «exercer» les pouvoirs énoncés relativement aux objets énumérés à la fin du par. 137(1) de la Loi: la dissolution du comté de Carleton, le retrait du canton de Cumberland des comtés unis et la dissolution des services locaux d'hygiène et de voirie.

Je ne peux retenir l'argument selon lequel les municipalités regroupées ne détenaient, avant l'adoption de *The Regional Municipality of Ottawa-Carleton Act, 1968* (Ont.), aucun droit en vertu de la loi ou en *equity* dans l'actif du comté et ne pouvaient, en conséquence, réclamer aucune indemnité lorsque cet actif a été transféré à la

ion, the position of the area municipalities does not rest upon any legal or equitable interest of a proprietary nature. The right sought to be asserted by the area municipalities arises under s. 14 of *The Municipal Act*, R.S.O. 1970, c. 284, incorporated into the Ottawa-Carleton statute by s. 137, and it is a right to seek an adjustment of assets to ensure an equitable contribution to the assets of the new Regional Municipality by the area municipalities. Adjustment in this context is a broader term than compensation and, in my view, gives the Municipal Board power to make such orders as may be required to ensure an equitable contribution from the component parts of the new Regional Municipality.

I move now to the next part of s. 137(1) in order to ascertain the range of the Board's jurisdiction or authority in which it might apply the powers flowing from clauses (a), (b) and (d) as drawn from *The Municipal Act*. It is said by the appellants that, where the Legislature intended that there be no compensation on the transfer of assets and liabilities, the Act so provides. It follows, it is contended, that silence reveals an intent to provide for compensation and that the Board is authorized to determine such compensation under s. 137(1). There are indeed five such provisions in the Act. In s. 31(b) of the 1968 statute (not repeated in the R.S.O.) provision is made for the transfer by the area municipalities to the Regional Corporation of all mechanical and other equipment used for assessment purposes if requested by the Regional Corporation. The section expressly provides that this shall be "without compensation". Section 27(3) vests in the Regional Corporation all water works and related equipment, all without "compensation or damages". The same provision is found in s. 31(5)(a) with reference to water courses assumed by the Regional Corporation; and a like provision is found in s. 64(1)(a) with reference to roads assumed by the Regional Corporation in an area municipality. In s. 80(1), the Island Lodge and Geriatric Centre is vested in the Regional Corporation without compensation to the former owner, the City of Ottawa. In each of these cases, the property in question was in effect trans-

Municipalité régionale. A mon avis, la position des municipalités regroupées ne dépend pas d'un droit en vertu de la loi ou en *equity* de la nature d'un droit de propriété. Le droit revendiqué par les municipalités regroupées résulte de l'art. 14 de *The Municipal Act*, R.S.O. 1970, chap. 284, inséré par l'art. 137 dans la loi concernant Ottawa-Carleton; il s'agit du droit de demander la régularisation de l'actif de façon que les contributions des municipalités regroupées à l'actif de la nouvelle municipalité régionale soient équitables. Dans ce contexte, le mot régularisation a un sens plus large que le mot indemnité et, à mon avis, il habilite la Commission municipale à rendre les ordonnances qu'elle estime appropriées afin de répartir équitablement les contributions des municipalités qui forment la nouvelle municipalité régionale.

J'en viens maintenant à l'autre partie du par. 137(1) afin d'établir l'étendue de la compétence de la Commission ou des pouvoirs qu'elle peut exercer en vertu des al. a), b) et d) de *The Municipal Act*. Selon les appelantes, lorsque la législature ne veut pas que le transfert de l'actif et du passif donne lieu à une indemnité, la Loi l'exprime clairement. Il s'ensuit donc, à leur avis, que le silence de la Loi révèle une intention de prévoir une indemnité et que la Commission est habilitée à établir cette indemnité en vertu du par. 137(1). La Loi contient effectivement cinq dispositions en ce sens. L'alinéa 31b) de la Loi de 1968 (non reproduit dans les R.S.O.) prévoit le transfert par les municipalités regroupées à la Municipalité régionale, sur demande de cette dernière, de tout l'équipement mécanique et autre utilisé à des fins d'évaluation. Cet article prévoit expressément que ce transfert ne donne lieu à [TRADUCTION] «aucune indemnité». Le paragraphe 27(3) transfère à la Municipalité régionale l'usine de distribution d'eau et tout l'équipement connexe sans [TRADUCTION] «indemnité ou dédommagement». On retrouve la même disposition à l'al. 31(5)a) au sujet des cours d'eau pris en charge par la Municipalité régionale; l'al. 64(1)a) contient une disposition semblable relativement aux routes d'une municipalité regroupée prises en charge par la Municipalité régionale. Aux termes du par. 80(1), l'Island Lodge et le Geriatric Centre sont transférés à la Municipalité régionale sans que l'ancienne propriétaire, la ville

ferred from an area municipality to the regional corporation. Where such a transfer occurs between existing and continuing governmental units, it might be assumed that compensation to the transferor would be paid by the transferee. Furthermore, title to the actual asset in question was in the area municipality which contributed that asset to the Regional Corporation upon the operation of the vesting provision. Compensation might, in such circumstances, be considered the rule rather than the exception, and one might even expect to find in such an enactment provision for compensation. It would appear that the Legislature, in considering these aspects of the matter was moved to expressly rule out compensation.

The condition of the assets of the County is in law entirely different. The County is not a continuing corporation or governmental unit and is not in the ordinary sense of the term the transferor of the assets. There is no continuing recipient for any compensation which might arise by adjustment, payment or otherwise. The title to the assets in question was admittedly in the name of the County and not in the area municipalities. The area municipalities had no right in law to call for a transfer or otherwise to dispose of these assets with or without the dissolution of the County. The area municipalities had two connections with the assets. Firstly, they contributed financially to their acquisition by the County, and secondly, the assets were used by the County in the provision of services or utilities to the ratepayers in the area municipalities as well as to the public at large in those instances where that general public had recourse to the territory comprised in the Counties. There is nothing to be gained by analogizing between the area municipalities in their relationship to the County, and shareholders in a corporation and their relationship to the corporation. If there were any useful application of any such analogy, the Legislature in the clearest terms has taken pains to ignore it. I do not derive any assistance therefrom in the determination of the Municipal Board's authority under s. 137 from the presence of compensation denials in other sections of the Act. Furthermore if this approach be valid, the Board

d'Ottawa, ne soit indemnisée. Dans chaque cas, le bien en question était effectivement transféré d'une municipalité regroupée à la Municipalité régionale. Quand un tel transfert se produit entre des unités administratives préexistantes et maintenues, on peut présumer que le cédant a le droit d'être indemnisé par le cessionnaire. En outre, le titre de propriété de chaque bien appartenait à la municipalité regroupée qui a transmis le bien à la Municipalité régionale en conformité de la disposition prévoyant le transfert. Dans un tel cas, l'indemnité devient la règle plutôt que l'exception et on pourrait même s'attendre à retrouver une disposition précise prévoyant le versement d'une indemnité. Il semble qu'après avoir considéré tous les aspects de cette question, la législature a expressément décidé d'exclure toute indemnité.

La situation de l'actif du comté est, en droit, totalement différente. Le comté ne constitue pas une entité juridique ou administrative maintenue en existence et il n'est pas, au sens ordinaire du terme, le cédant des biens. Il ne subsiste aucun bénéficiaire de l'indemnité qui pourrait être versée par suite d'une régularisation, d'un paiement ou autrement. Il est admis que le titre de propriété des biens en question était au comté et non aux municipalités regroupées. Les municipalités regroupées n'avaient, juridiquement, aucun droit d'exiger le transfert des biens ou d'en disposer autrement, peu importe que le comté ait été dissous ou non. Les municipalités regroupées avaient un double lien avec les biens. Premièrement, elles avaient financièrement contribué à leur acquisition par le comté et, deuxièmement, les biens étaient utilisés par le comté afin de desservir les contribuables dans les municipalités regroupées aussi bien que le public en général lorsque ce dernier pénétrait sur le territoire des comtés. On ne saurait assimiler la relation entre les municipalités regroupées et le comté à celle des actionnaires d'une compagnie. Même si on le pouvait, il est clair que la législature a délibérément méconnu cette analogie dans les termes les plus clairs. Il s'ensuit donc que les autres dispositions de la Loi interdisant toute indemnité ne m'aident aucunement à établir l'étendue de la compétence de la Commission municipale en vertu de l'art. 137. En outre, si cette façon de voir était la bonne, la Commission n'au-

would have no jurisdiction with regard to the other dissolutions mentioned in s. 137(1), but all parties concede that the Board has jurisdiction in those instances.

Counsel for the respondent Regional Municipality urged a reading of s. 137(1) on the basis that punctuation should be inserted so as to divide it into two rather than three segments, the first dealing with the removal of the Township of Cumberland and the second with the dissolution of the local boards. Such a reading puts a strain on the plain language employed by the Legislature and in order to breathe meaning into all words and expressions employed by the draftsman, the subsection should be read as making the powers of clauses (a), (b) and (d) available to the Board in respect of their action resulting from the dissolution of the County, the removal of Cumberland, and the dissolution of the local boards. To do otherwise is to read the subsection as though the words "in relation to the dissolution of the County" were not present. Such a reading would also empower the Board to exercise such discretion with reference to the last two dissolutions mentioned in the subsection but not with reference to the dissolution first mentioned.

The Ontario Municipal Board in discussing the adjustment of assets consequent upon a municipal reorganization occurring in the County of York prior to *The Municipality of Metropolitan Toronto Act, 1953* (Ont.), c. 73, described the interest of the ratepayers as follows:

Turning to the larger question of a general adjustment of assets and liabilities with respect to the assets to be taken over by the Metropolitan Council in the foregoing proposals, it is the considered opinion of the board, as previously stated in the specific proposals, that these assets should be taken over and operated for the benefit of the entire area without adjustment except for the assumption of outstanding indebtedness. In the board's opinion, the true nature of these assets is often misunderstood. Although they have been built and financed by the various individual municipalities and their local boards, they are not in a legal sense the property of the residents or ratepayers for the time being resident within the municipality where the assets are located. They are, in every sense of the word, public property and are held

rait pas compétence relativement aux autres dissolutions mentionnées au par. 137(1), mais toutes les parties admettent que la Commission est compétente dans ces cas.

L'avocat de la Municipalité régionale intimée soutient qu'il faut lire le par. 137(1) en y insérant un signe de ponctuation qui divise le texte en deux parties au lieu de trois; la première partie porterait sur le retrait du canton de Cumberland et la seconde sur la dissolution des services locaux. Une telle interprétation déforme le sens des mots employés par la législature; pour que tous les mots et expressions utilisés par le rédacteur aient un sens, il faut y lire que le paragraphe accorde à la Commission les pouvoirs énoncés aux al. a), b) et d) à l'égard des conséquences de la dissolution du comté, du retrait de Cumberland et de la dissolution des services locaux. Interpréter le paragraphe autrement équivaut à méconnaître les mots «relativement à la dissolution du comté». En outre, une telle interprétation habiliterait la Commission à exercer son pouvoir discrétionnaire à l'égard des deux dissolutions mentionnées à la fin du paragraphe mais non à l'égard de la dissolution mentionnée en premier lieu.

Voici en quels termes la Commission municipale de l'Ontario a décrit les droits des contribuables dans le cadre de la régularisation de l'actif par suite de la réorganisation municipale du comté de York avant l'adoption de *The Municipality of Metropolitan Toronto Act, 1953* (Ont.), chap. 73:

[TRADUCTION] Sur la question plus large de la régularisation générale de l'actif et du passif en ce qui concerne les biens pris en charge par le Conseil métropolitain en conformité des recommandations précédentes, la Commission estime, comme elle l'a déjà indiqué dans les recommandations particulières, que ces biens devraient être pris en charge et exploités pour le bénéfice de toute la région sans régularisation sauf en ce qui concerne les dettes en souffrance. La Commission constate que la véritable nature de ces biens est souvent mal comprise. Même s'ils ont été construits et payés par les diverses municipalités et leurs services locaux, ils n'appartiennent pas, au sens juridique du terme, aux habitants ou aux contribuables pendant qu'ils résident dans la municipalité où se trouvent les biens. Il s'agit de biens

in trust for the use and benefit of the present and future residents of the area within the jurisdiction of the local authority. But that area has no fixed and predetermined limits and it may be indefinitely enlarged or included with other areas for the purposes of local government at the will of the legislature. The municipal government is, after all, a government and not a commercial corporation which can wind up its affairs, sell its assets and distribute the proceeds among its shareholders. For this reason it seems to the board that so long as the residents of the particular area are not deprived of the beneficial use of the assets built or maintained for them by their local government, the management and operation of the asset by a new type of local government which will be, in effect, a new trustee, deprives them of no rights whatever, and entitles them to no individual or collective compensation.

(Ontario Municipal Board, 20 January 1953, as quoted in *The Corporation of the Township of Scarborough v. The Corporation of the City of Toronto*², at pp. 456-7.)

The heart of the problem then is the role of the Board under s. 137 in the case of:

- (a) the dissolution of the County of Carleton;
- (b) the dissolution of the local boards of health;
- (c) the dissolution of the suburban roads commissions;
- (d) the removal of the Township of Cumberland from the United Counties.

In the case of (a), (b) and (c), the assets and liabilities of the dissolved entities "become" the assets and liabilities of the Regional Corporation by specific provision in the statute. In (d), the issue arises not with reference to the assets of the Township of Cumberland but with reference to Cumberland's desire for some credit for the loss of its connection with the assets of the United Counties in which it was formerly located.

The City of Ottawa and the Regional Corporation have taken the view that the Municipal Board has no jurisdiction to adjust assets and liabilities "in relation to" (a) above, but has such jurisdic-

publics, au véritable sens de l'expression, détenus en fiducie pour l'usage et le bénéfice des habitants actuels et futurs de la région relevant de l'autorité de l'administration locale. Mais les limites territoriales de la région ne sont pas fixées à tout jamais et la région peut, à la volonté de la législature, être agrandie ou fusionnée à d'autres régions à des fins d'administration locale. L'administration municipale est, après tout, un organe du gouvernement et non une société commerciale qui peut cesser ses opérations, vendre ses biens et en distribuer le produit à ses actionnaires. Pour ce motif, la Commission estime que, dans la mesure où les habitants d'une région ne sont pas privés de la jouissance des biens construits ou entretenus pour eux par leur administration locale, la gestion et l'exploitation des biens par un nouveau type d'administration locale qui constitue, en fait, un nouveau fiduciaire, ne les prive d'absolument aucun droit et ne leur donne pas le droit d'être indemnisés individuellement ou collectivement.

(Commission municipale de l'Ontario, le 20 janvier 1953; extrait tiré de *The Corporation of the Township of Scarborough c. The Corporation of the City of Toronto*², aux pp. 456 et 457.)

Le coeur du problème porte donc sur le rôle de la Commission en vertu de l'art. 137 dans le cas de:

- a) la dissolution du comté de Carleton;
- b) la dissolution des services locaux d'hygiène;
- c) la dissolution des services de voirie;
- d) le retrait du canton de Cumberland des comtés unis.

Dans le cas de a), b) et c), l'actif et le passif des organismes dissous «deviennent» l'actif et le passif de la Municipalité régionale en vertu d'une disposition spécifique de loi. Dans le cas de d), le litige ne porte pas sur l'actif du canton de Cumberland mais sur le désir de Cumberland d'être indemnisé pour la perte du lien qu'il avait avec l'actif des comtés unis dont il faisait antérieurement partie.

La ville d'Ottawa et la Municipalité régionale prétendent que la Commission municipale n'est pas compétente pour régulariser l'actif et le passif «relativement à» a), mais est compétente «relative-

² [1956] S.C.R. 450.

² [1956] R.C.S. 450.

tion "in relation to" (b) and (c) above. It is difficult to understand how these parties respondent have agreed that the Board has jurisdiction in the case of the removal of Cumberland ((d) above), and the dissolution of the boards and commissions ((b) and (c) above), but not with respect to the dissolution of the County. All three instances (that is (a), (b) and (c) above) share these features: the assets in question were held by a legal entity other than the claimant area municipalities; the 'transferor' of the assets disappeared and was not thereafter available to receive any compensation or credit by adjustment; and there is no deprivation of enjoyment or utilization of the asset by the claimant save to the extent that the asset is put to a further or more extensive or intensive use by the Regional Corporation to the detriment of the inhabitants of the claimant area municipalities. It may be, as was alleged by the appellant, that the respondents would participate or share favourably in the adjustment in (b) and (c) but unfavourably in (a). I prefer to accept the respondents' submission as being in support of the line of reasoning followed by the majorities in the courts below. I see no distinction, however, in fact, in law or in logic between the position of the Municipal Board vis-à-vis the dissolution of the health boards and road commissions under (b) and (c) above and its position vis-à-vis the dissolution of the County under (a) above.

The last question in respect of s. 137 is the role of the Municipal Board "in relation to" the removal of the Township of Cumberland from the United Counties ((d) above). Legally the issue is quite different from that arising in the other three elements of this municipal reorganization. There was no transfer (or vesting) of assets from or to the Township corporation. There was, however, a real separation from the Township and its inhabitants of the assets of the United Counties, to the cost of which the ratepayers of Cumberland contributed. These assets the inhabitants of Cumberland were able to enjoy prior to the withdrawal of the Township from the County. As members of the provincial community it might be argued that the inhabitants will continue to enjoy the benefits of these assets to the extent they may physically have occasional recourse to the territory within the

ment à» b) et c). Il est difficile de comprendre comment ces intimées ont pu admettre la compétence de la Commission à l'égard du retrait de Cumberland (d)) et de la dissolution des services (b) et c)) mais non à l'égard de la dissolution du comté. Dans les trois cas (c'est-à-dire a), b) et c)), on retrouve les mêmes éléments suivants: l'actif en question était détenu par une autre entité juridique que les municipalités regroupées requérantes; le «cédant» de l'actif n'existe plus et, en conséquence, ne peut recevoir aucune indemnité ni aucun crédit par suite de régularisation; la requérante n'est aucunement privée de la jouissance ou de l'usage du bien sauf dans la mesure où la Municipalité régionale en fait un usage plus intensif, au détriment des habitants des municipalités regroupées requérantes. Il se peut que, comme le prétend l'appelante, la régularisation de l'actif en b) et c) avantage les intimées et la régularisation en a) les désavantage. Je préfère accepter l'argument des intimées car il adopte le raisonnement suivi par la majorité dans les tribunaux d'instance inférieure. Cependant, je ne vois aucune distinction fondée sur les faits, le droit ou la logique entre la position de la Commission municipale vis-à-vis de la dissolution des services d'hygiène et de voirie en vertu de b) et c) et sa position vis-à-vis de la dissolution du comté en vertu de a).

La dernière question à trancher relativement à l'art. 137 porte sur le rôle de la Commission municipale «relativement [au]» retrait du canton de Cumberland des comtés unis (d)). Juridiquement, la question est bien différente de celle soulevée à l'égard des trois autres aspects de cette réorganisation municipale. Aucun actif n'est transféré au canton et celui-ci n'en a transféré aucun. Cependant, l'actif des comtés unis, auxquels les contribuables de Cumberland participaient, a été véritablement retiré au canton et à ses habitants. Mais les habitants de Cumberland avaient la jouissance de ces biens avant que le canton ne soit détaché du comté. En tant que membres de la communauté provinciale, on pourrait prétendre que les habitants pourront continuer de se servir de ces biens tant qu'ils se rendront physiquement sur le territoire des comtés unis. Il s'agit d'une des

United Counties. These and other consequences of such a reorganization of the structure in municipal government are the very matters to be considered by the Board in the discharge of its duties under clause (a) of s. 14(11) of *The Municipal Act*. In this, all parties in this proceeding are in agreement and that agreement I respectfully share.

Shortly after the passage of *The Regional Municipality of Ottawa-Carleton Act*, 1968 (Ont.), the Legislature of the province enacted similar statutes with reference to other counties and regions of Ontario; for example, *The Regional Municipality of Niagara Act*, 1968-9, 1968-9 (Ont.), c. 106. A comparison of like statutes enacted by the same Legislature is at most of peripheral assistance in determining the proper interpretation of the statute before the Court. Indeed, much debate has taken place in the courts over the years as to whether a reference to posterior legislation is a permissible tool of statutory construction. (Vide *Maxwell on Interpretation of Statutes* (12th ed.) p. 69 *et seq.*; vide also *Kirkness (Inspector of Taxes) v. John Hudson & Co. Ltd.*³. Here we are not concerned with amendment and repeal but with the help to be gained from a scrutiny of comparable legislation in the same field. Like most other aids to statutory construction, the Court must first be confronted with ambiguity of statutory expression which here we certainly have. In *In re MacManaway and In re The House of Commons (Clergy Disqualification) Act, 1801*⁴, Lord Radcliffe observed at p. 176:

The law does not in all cases reject such aids to interpretation. In *Ormond Investment Co. Ltd. v. Betts* Lord Buckmaster, after quoting a passage from the judgment of Lord Sterndale in *Cape Brandy Syndicate v. Inland Revenue Commissioners*, which ran: "I think it is clearly established in *Attorney-General v. Clarkson* that subsequent legislation on the same subject may be looked to in order to see the proper construction to be put upon an earlier Act where that earlier Act is ambiguous. I quite agree that subsequent legislation, if it proceed upon an erroneous construction of previous legislation, cannot alter that previous legislation; but if there be any ambiguity in the earlier legislation then the subsequent legislation may fix the proper interpretation which is to

conséquences de la réorganisation de la structure de l'administration municipale que la Commission doit étudier dans l'exercice de ses fonctions en vertu de l'al. a) du par. 14(11) de *The Municipal Act*. Toutes les parties en l'espèce s'entendent sur ce point et, avec égards, je suis d'accord avec elles.

Peu de temps après l'adoption de *The Regional Municipality of Ottawa-Carleton Act*, 1968 (Ont.), la législature provinciale a édicté d'autres lois semblables relativement à d'autres comtés et régions de l'Ontario; par exemple, *The Regional Municipality of Niagara Act*, 1968-9, 1968-9 (Ont.), chap. 106. La comparaison de lois analogues édictées par la même législature n'est que d'une utilité marginale pour déterminer l'interprétation exacte du texte de loi litigieux. En fait, les tribunaux se sont maintes fois demandés si l'étude d'une loi postérieure était un mode d'interprétation valide. (Voir *Maxwell on Interpretation of Statutes* (12^e éd.) à la p. 69 *et suiv.*; voir également *Kirkness (Inspector of Taxes) v. John Hudson & Co. Ltd.*³. Nous n'avons pas ici à nous prononcer sur un cas de modification et d'abrogation, mais sur la valeur de l'étude de lois semblables qui portent sur le même domaine. Comme pour la plupart des autres outils d'interprétation, la Cour ne peut y avoir recours que si elle est confrontée à une expression ambiguë et il ne fait aucun doute que c'est le cas en l'espèce. Dans *In re MacManaway and In re The House of Commons (Clergy Disqualification) Act, 1801*⁴, lord Radcliffe a fait remarquer à la p. 176:

[TRADUCTION] Le droit ne rejette pas ces outils d'interprétation dans tous les cas. Dans *Ormond Investment Co. Ltd. v. Betts*, lord Buckmaster a cité l'extrait suivant du jugement de lord Sterndale dans *Cape Brandy Syndicate v. Inland Revenue Commissioners*: «Je pense que l'arrêt *Attorney-General v. Clarkson* établit clairement qu'une loi postérieure sur le même sujet peut être étudiée afin de déterminer l'interprétation exacte qu'il faut donner à une loi antérieure lorsque celle-ci est ambiguë. Je suis tout à fait d'accord qu'une loi postérieure, si elle est fondée sur une interprétation erronée de la loi antérieure, ne peut modifier celle-ci; mais si la loi antérieure comporte une ambiguïté, alors la loi postérieure peut servir à déterminer l'interprétation exacte qu'il faut lui

³ [1955] A.C. 696 (H.L.).

⁴ [1950] A.C. 161.

³ [1955] A.C. 696 (C.L.).

⁴ [1950] A.C. 161.

be put upon the earlier”, proceeded as follows: “This is, in my opinion, an accurate expression of the law, if by ‘any ambiguity’ is meant a phrase fairly and equally open to divers meanings . . .”.

The conditions under which a later Act may be resorted to for the interpretation of an earlier Act are therefore strict: both must be laws on the same subject, and the part of the earlier Act which it is sought to construe must be “fairly and equally open to divers meanings”.

A similar approach was taken by this Court in *Reginald Hayes v. Maude Edwards Mayhood and Western Leaseholds Limited*⁵, per Martland J. This was the process followed in *MacManaway*, *supra*. I point out these almost parallel and successive statutes only to put in perspective the development of the regional concept by the Legislature and the technique of incorporating certain provisions from *The Municipal Act* in these statutes. The nearest in time to the Ottawa-Carleton statute is the above-mentioned Niagara Regional enactment. It is interesting to note that in the Niagara statute, the legislative action which is concentrated in ss. 135, 136 and 137 of the Ottawa-Carleton Act is divided into two different parts of the Niagara Act. The first part deals with the restructuring of the area municipalities, and a much later portion of the statute deals with the dissolution of the county and the suburban roads commissions. For reasons not made apparent in the enactment, the statute incorporates s. 14 of *The Municipal Act* by two different modes of incorporation by reference. On the one hand, the dissolution of the county found in another part of the Act, continues the referential incorporation technique of s. 137 of the Ottawa-Carleton Act. On the other hand, s. 2(3) of the Niagara statute dealing with the “amalgamations, annexations and dissolutions provided for in this part”, which are the area municipality reorganizations, provides:

For the purposes of every Act, the amalgamations, annexations and dissolutions provided for in this Part shall be deemed to have been effected by orders of the Municipal Board not subject to section 42 of *The*

⁵ [1959] S.C.R. 568.

donner». Il a ensuite déclaré: «A mon avis, cet exposé rend fidèlement l'état du droit si, par «une ambiguïté», l'auteur désigne un membre de phrase susceptible de plusieurs interprétations de valeur égale . . .».

Les conditions dans lesquelles on peut recourir à une loi postérieure pour interpréter une loi antérieure sont donc très précises: les deux lois doivent porter sur le même sujet et la partie de la loi antérieure qu'on cherche à interpréter doit être «susceptible de plusieurs interprétations de valeur égale».

Cette Cour a abordé la question d'une manière semblable dans *Reginald Hayes c. Maude Edwards Mayhood et Western Leaseholds Limited*⁵, les motifs du juge Martland. C'est le raisonnement qu'on a suivi dans *MacManaway*, précité. Je ne mentionne ces lois successives et presque identiques que pour mettre en relief l'élaboration du concept de la régionalisation par la législature et la technique d'insertion de certaines dispositions de *The Municipal Act* au moyen d'un renvoi dans ces lois. La loi la plus rapprochée dans le temps de la loi concernant Ottawa-Carleton est la loi précitée concernant la municipalité régionale de Niagara. Il est intéressant de constater que dans la loi concernant Niagara, les dispositions législatives qui correspondent aux art. 135, 136 et 137 de la loi concernant Ottawa-Carleton sont divisées en deux parties distinctes. La première partie porte sur la restructuration des municipalités regroupées et une autre partie qui figure beaucoup plus loin dans la loi, porte sur la dissolution du comté et des services de voirie. Pour des raisons qui ne sont pas évidentes à la lecture de la loi, l'art. 14 de *The Municipal Act* est inséré de deux façons différentes. D'une part, la dissolution du comté, prévue dans une autre partie de la Loi, donne lieu à la même technique d'insertion par renvoi que celle utilisée à l'art. 137 de la loi concernant Ottawa-Carleton. D'autre part, le par. 2(3) de la loi concernant Niagara, relatif aux [TRADUCTION] «fusions, annexions et dissolutions prévues dans la présente partie», qui constituent les modes de réorganisation des municipalités regroupées, dispose:

[TRADUCTION] Aux fins de toute loi, les fusions, annexions et dissolutions prévues à la présente partie sont réputées avoir été accomplies en vertu d'ordonnances de la Commission municipale établies le 27 juin

⁵ [1959] R.C.S. 568.

Ontario Municipal Board Act or to petition or appeal under section 94 or 95 of such Act, made on the 27th day of June, 1969 pursuant to applications made under sections 14 and 25 of *The Municipal Act*, being chapter 249 of the Revised Statutes of Ontario, 1960, and, subject to the provisions of this Act, the Municipal Board, upon the application of any area municipality or any local board thereof or of its own motion, may exercise its powers consequent upon such amalgamations, annexations and dissolutions, and sections 94 and 95 of *The Ontario Municipal Board Act* do not apply to decisions or orders made in the exercise of such powers and "municipalities" in clause a of subsection 11 of section 14 of *The Municipal Act* includes, for the purposes of such clause, the area municipalities to which territory is annexed.

(Emphasis added.)

The awkwardness of the incorporating technique of s. 137 has thus been avoided by making clauses (a), (b) and (d) of subs. (11) directly and grammatically reconcilable with the terminology of the operative sections of the Niagara Act. Other examples of this type of regionalization by legislation are found in:

The Regional Municipality of York Act, 1970, S.O. 1970, c. 50

The Regional Municipality of Sudbury Act, 1972, S.O. 1972, c. 104

The Regional Municipality of Waterloo Act, 1972, S.O. 1972, c. 105

The Regional Municipality of Durham Act, 1973, S.O. 1973, c. 78

The Regional Municipality of Haldemand-Norfolk Act, 1973, S.O. 1973, c. 96

The Regional Municipality of Halton Act, 1973, S.O. 1973, c. 70

The Regional Municipality of Hamilton-Wentworth Act, 1973, S.O. 1973, c. 74

The Regional Municipality of Peel Act, 1973, S.O. 1973, c. 60.

The conundrum is completed by the subsequent legislation with respect to the restructuring of municipal government in *The Ottawa-Carleton Amalgamation and Elections Act, 1973*, being Statutes of Ontario, 1973, c. 93, where the Legislature enacts an identical provision to s. 2(3) of the aforementioned Niagara statute with reference to

1969 en application de requêtes présentées en vertu des articles 14 et 25 de *The Municipal Act*, chapitre 249 des *Revised Statutes of Ontario*, 1960, mais ces ordonnances ne sont pas assujetties à l'article 42 de *The Ontario Municipal Board Act* ni susceptibles de pétition ou d'appel en vertu des articles 94 ou 95 de cette loi et, sous réserve des dispositions de la présente loi, la Commission municipale peut, sur requête d'une municipalité regroupée ou d'une commission locale en relevant, ou de sa propre initiative, exercer les pouvoirs découlant de ces fusions, annexions et dissolutions, et les articles 94 et 95 de *The Ontario Municipal Board Act* ne s'appliquent pas aux décisions ou ordonnances rendues en vertu de ces pouvoirs; et, le mot «municipalités» à l'alinéa a) du paragraphe 11 de l'article 14 de *The Municipal Act*, comprend les municipalités regroupées auxquelles un territoire est annexé.

(Les italiques sont de moi.)

Les difficultés de la technique d'insertion utilisée à l'art. 137 ont donc été évitées en conciliant directement et grammaticalement la terminologie des dispositions de la loi concernant Niagara avec celle des al. a), b) et d) du par. (11). On trouve d'autres exemples de ce type de régionalisation dans les lois suivantes:

The Regional Municipality of York Act, 1970, S.O. 1970, chap. 50

The Regional Municipality of Sudbury Act, 1972, S.O. 1972, chap. 104

The Regional Municipality of Waterloo Act, 1972, S.O. 1972, chap. 105

The Regional Municipality of Durham Act, 1973, S.O. 1973, chap. 78

The Regional Municipality of Haldemand-Norfolk Act, 1973, S.O. 1973, chap. 96

The Regional Municipality of Halton Act, 1973, S.O. 1973, chap. 70

The Regional Municipality of Hamilton-Wentworth Act, 1973, S.O. 1973, chap. 74

The Regional Municipality of Peel Act, 1973, S.O. 1973, chap. 60.

Le casse-tête est complété par une loi subséquente sur la réorganisation de l'administration municipale dans *The Ottawa-Carleton Amalgamation and Elections Act, 1973*, Statutes of Ontario, 1973, chap. 93, où la législature établit une disposition identique au par. 2(3) de la loi précitée concernant Niagara, relativement à une nouvelle

a further reorganization of some of the area municipalities.

The Municipal Board, in the disposition of its jurisdiction under clause (a), of s. 14 may, of course, come to any of an almost infinite array of possible conclusions with reference to what may be "equitable" as regards adjustments of assets and liabilities as between the affected municipalities, and I have expressly refrained from making any reference to the validity of the submissions made so energetically before this Court as to the real or potential windfall position of the Cities of Ottawa and Vanier and the real or potential deprivation in whole or in part which might be suffered by the inhabitants of the several area municipalities other than these two cities and the Township of Cumberland. The application of the authority granted under clause (a) is, of course, for the Board and the Board alone as the Board in so applying this authority neither exceeds the limitation of the authority nor fails to exercise it.

I wish to make it clear that in reaching this conclusion on the interpretation of the various provisions of the Ottawa-Carleton statute, I do not wish to be taken as adopting the submission made to this Court that somehow the ratepayers or inhabitants of an area municipality or a municipal unit comprised in the County of Carleton has an "equitable interest" through their municipal corporation in the assets of the County of Carleton. Nor does it follow that the affected municipalities themselves have an equitable interest in the assets of the County of Carleton. Reference was made in argument by all parties to *The Village of Crystal Beach v. The Township of Bertie*⁶ and particularly the statement therein of Aylesworth J.A. at p. 443. It was there stated that upon a division of a group of ratepayers for municipal or school purposes, an adjustment between the respective groups of ratepayers shall be made as to the municipal assets on a basis whereby each group of ratepayers "who have paid for municipal or school assets will receive an equitable share of those assets where a territorial change occurs . . .". Aylesworth J.A. was there making reference to the standards for division rather than the classification of interests

⁶ [1954] O.W.R. 441.

réorganisation de certaines des municipalités regroupées.

Dans l'exercice de sa compétence en vertu de l'al. a) de l'art. 14, la Commission municipale peut parvenir à une infinité de conclusions possibles sur ce qu'on peut qualifier d'«équitable» relativement à la régularisation de l'actif et du passif des municipalités visées et j'évite volontairement de me prononcer de quelque façon sur la validité des arguments soutenus avec beaucoup de vigueur devant cette Cour au sujet de l'avantage réel ou potentiel conféré aux villes d'Ottawa et de Vanier et du préjudice total ou partiel, réel ou potentiel, que pourraient subir les habitants des différentes municipalités regroupées autres que ces deux villes et le canton de Cumberland. L'exercice du pouvoir prévu à l'al. a) revient à la Commission, et à la Commission seulement, dans la mesure où celle-ci exerce son pouvoir en respectant les limites qui lui sont imposées et ne refuse pas de l'exercer.

Je tiens à préciser que même si j'en arrive à cette interprétation des multiples dispositions de la loi concernant Ottawa-Carleton, je ne souscris pas pour autant à l'argument selon lequel les contribuables ou habitants d'une municipalité regroupée ou d'une entité municipale comprise dans le comté de Carleton détenaient un [TRADUCTION] «droit en equity» dans l'actif de ce comté par l'intermédiaire de leur administration municipale. Il ne s'ensuit pas non plus que les municipalités visées ont elles-mêmes un droit en equity dans l'actif du comté de Carleton. Au cours des débats, toutes les parties ont cité l'arrêt *The Village of Crystal Beach v. The Township of Bertie*⁶ et plus particulièrement la déclaration du juge Aylesworth de la Cour d'appel à la p. 443. On y dit qu'à l'occasion de la division d'un groupe de contribuables à des fins municipales ou scolaires, il faut procéder à la régularisation de l'actif municipal de façon que chaque groupe de contribuables [TRADUCTION] «qui a contribué à l'actif municipal ou scolaire reçoive une part équitable de cet actif lorsqu'il y a modification des limites territoriales». Le juge Aylesworth faisait alors allusion aux normes de division plutôt qu'à la classification des intérêts ou

⁶ [1954] O.W.R. 441.

or ownership rights of ratepayers in municipal corporation assets.

Similarly, I do not wish to be taken as having reached this conclusion on the basis that there has occurred a "horizontal amalgamation" as distinct from a "vertical amalgamation". The interpretation of the operative portions of the statute is not, in my view, assisted by analogizing to either corporate proceedings under the corporation legislation of the province nor to other municipal proceedings which in the statute are referred to as amalgamation and annexation. Here the Legislature has reorganized the structure of municipal government with reference to a segment of the province defined as the Regional Area of the Regional Municipality of Ottawa-Carleton by creating a new corporation, the Regional Corporation, and dissolving the old second-tier unit of government, the Corporation of the County of Carleton; by enlarging the regional government area; and rearranging some local boards and commissions within it. This reorganization was brought about by the actions taken by the Legislature rather than by more limited orders of the Municipal Board under existing legislation. Although the term amalgamate as employed in s. 14 and elsewhere of *The Municipal Act* is not defined, that term in general law sometimes connotes the combination of two or more legal entities into one ongoing legal entity which is functionally deemed to be a continuation of all pre-existing legal entities brought together in the amalgamation (*vide Her Majesty the Queen v. Black and Decker Manufacturing Company, Limited*⁷; or which may result in a new legal entity with all participating and amalgamating legal entities dying in the process. In either concept, the participating legal entities cease to exist individually which, of course, is not the case here, since all affected municipalities continue as area municipalities (other than the County of Carleton) in the new municipal government structure. As for vertical amalgamation, if there be such a thing in municipal law, that did not occur either because the County of Carleton did not amalgamate with area or other municipalities to form the Regional

droits de propriété des contribuables dans l'actif de la municipalité.

Je tiens en outre à préciser que ma conclusion n'est pas fondée sur l'existence d'une «fusion horizontale» par opposition à une «fusion verticale». À mon avis, la comparaison avec les procédures relatives aux compagnies prévues à la loi provinciale des compagnies ou les procédures relatives aux municipalités, que la loi appelle fusion et annexion, ne facilite aucunement l'interprétation des dispositions essentielles de la loi. En l'espèce, la législature a réorganisé la structure de l'administration municipale dans une partie de la province appelée territoire de la Municipalité régionale d'Ottawa-Carleton en constituant une nouvelle entité juridique, la Municipalité régionale, et en dissolvant une unité gouvernementale moins importante, le comté de Carleton, en agrandissant le territoire de l'administration régionale et en réorganisant certains services locaux qui en faisaient partie. La réorganisation a été réalisée par des mesures adoptées par la législature plutôt que par des ordonnances d'application restreinte de la Commission municipale en vertu des lois existantes. Même si le mot fusionner employé à l'art. 14 et dans d'autres dispositions de *The Municipal Act* n'est pas défini, il désigne habituellement, en droit, la réunion de deux ou plusieurs entités juridiques en une seule entité juridique existante, qui est censée être une continuation des entités juridiques préexistantes réunies par la fusion (voir *Sa Majesté la Reine c. Black and Decker Manufacturing Company, Limited*⁷, ou qui donne naissance à une nouvelle entité juridique née de la fusion et de l'extinction de toutes les entités juridiques constituantes. D'une façon ou d'une autre, les entités juridiques constituantes cessent toutes d'exister ce qui, évidemment, n'est pas le cas en l'espèce puisque toutes les municipalités visées demeurent des municipalités regroupées (à l'exception du comté de Carleton) au sein de la nouvelle structure de l'administration municipale. Quant à la fusion verticale, si un tel concept existe en droit municipal, ce n'est pas ce qui s'est produit en l'espèce parce que le comté de Carleton n'a pas été fusionné aux municipalités

⁷ [1975] 1 S.C.R. 411.

⁷ [1975] 1 R.C.S. 411.

Municipality, but was dissolved. I therefore do not find this analogy or the line of reasoning to be of assistance in the interpretation of this statute.

The majority of the Divisional Court in reaching these conclusions determined that proper recourse could be had to a report made to the Province of Ontario on the subject of municipal government in the Ottawa area by a special commissioner appointed for the purpose by the Minister of Municipal Affairs. The majority of the Court of Appeal, following the decision of the House of Lords in *Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg AG*⁸, concluded otherwise on this issue. Spence J. speaking for the Court in *Marion Viola Laidlaw v. The Municipality of Metropolitan Toronto*⁹, stated with reference to the use of a Law Reform Commission report as an aid to statutory interpretations, at p. 743:

It has been established that such report may be considered not by seeking to interpret the statute in accordance with the recommendations made in the report but to determine the problem which faced the legislators and which they must have sought to meet in the new statute:

The problem facing the Legislature which was met by the passage of this Act was not the detailed and consequential problem of inter-municipal adjustments for asset and liability transfers, but rather the larger issue of the restructuring of the component units of municipal government in the regional concept. I do not therefore believe that this report should find its way into the interpretative process here.

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and para. 2 of the order of the Divisional Court so as to permit the Municipal Board to proceed with the hearing of these applications. Costs both in this Court and in the courts below shall be to the appellants as against the respondent Regional Municipality of Ottawa-Carleton and the Corporation of the City

⁸ [1975] 1 All E.R. 810.

⁹ [1978] 2 S.C.R. 736.

regroupées ni à d'autres municipalités pour former la Municipalité régionale, il a simplement été dissous. Je ne vois donc pas en quoi une telle comparaison ou un tel raisonnement pourrait nous aider à interpréter la loi à l'étude.

En parvenant à ces conclusions, la majorité de la Cour divisionnaire a estimé qu'elle pouvait recourir à un rapport sur l'administration municipale dans la région d'Ottawa présenté à la province de l'Ontario par un commissaire nommé à cette fin par le ministre des Affaires municipales. La majorité de la Cour d'appel, suivant l'arrêt de la Chambre des lords dans *Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg AG*⁸, a statué en sens contraire sur ce point. Parlant au nom de la Cour dans *Marion Viola Laidlaw c. La municipalité du Toronto métropolitain*⁹, le juge Spence a déclaré au sujet de l'utilisation d'un rapport de la Commission de réforme du droit à des fins d'interprétation (à la p. 743):

Il est établi qu'on ne peut recourir à ce genre de rapport pour interpréter la loi à la lumière des recommandations qui y sont faites, mais qu'on peut s'en servir pour définir le problème auquel faisait face le législateur et qu'il a voulu corriger par la nouvelle loi . . .

Le problème auquel la législature a voulu remédier en adoptant cette loi ne portait pas sur la question précise et consécutive de la régularisation de l'actif et du passif des municipalités visées mais sur la question plus générale de la restructuration des unités constituantes d'une administration municipale conformément au concept de la régionalisation. Je ne pense donc pas que ce rapport puisse nous aider à résoudre les problèmes d'interprétation qui se posent en l'espèce.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'ordonnance de la Cour d'appel et d'écartier le deuxième paragraphe de l'ordonnance de la Cour divisionnaire pour permettre à la Commission municipale de procéder à l'audition de ces demandes. Les appelantes ont droit aux dépens en cette Cour et dans les cours d'instance inférieure contre l'intimée la Municipalité régio-

⁸ [1975] 1 All E.R. 810.

⁹ [1978] 2 R.C.S. 736.

of Ottawa, with no order as to costs for or against the other parties.

The following are the reasons delivered by

BEETZ J.—I agree with Mr. Justice Pratte that reference to the language used by the Legislature in subsequent statutes cannot be of assistance as regards the meaning of *The Ottawa-Carleton Act*, and is unwarranted.

I otherwise agree with Mr. Justice Estey.

The following are the reasons delivered by

PRATTE J. (*dissenting*)—I have had the advantage of reading the reasons proposed for delivery by my brother Estey and contrary to him I am of the opinion that this appeal should fail.

There is no dispute as to the facts; they are well summarized by Mr. Justice Estey who also quotes all relevant statutory provisions. I will attempt to avoid any repetition except where necessary for a better understanding of these reasons.

The only real issue before us is as to whether, consequent upon the dissolution of the County of Carleton (“the County”), the creation of the Regional Municipality of Ottawa-Carleton (“the Regional Municipality”) and the statutory vesting of all assets and liabilities of the County in the Regional Municipality, the Municipal Board has jurisdiction to proceed to establish the interest of the Appellant Township Corporations (the “Appellants”) in the assets of the County with the view of determining the compensation, if any, payable to the Appellants by the Regional Municipality through an adjustment of assets and liabilities or otherwise.

Under *The Municipal Act, R.S.O. 1970, c. 284*, the inhabitants of each one of the Appellants were, at all relevant times, constituted as a body corporate, a corporation of township, for certain well defined objects.

Prior to *The Regional Municipality of Ottawa-Carleton Act, 1968* (“the Ottawa-Carleton Act”) (1968 (Ont.), c. 115; now found in R.S.O. 1970, c.

nale d’Ottawa-Carleton et la ville d’Ottawa; il n’y aura aucune adjudication de dépens en faveur des autres parties ni contre elles.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BEETZ—Comme le juge Pratte, je suis d’opinion que le renvoi aux termes employés par la législature dans des lois subséquentes n’aident pas l’interprétation de *The Ottawa-Carleton Act* et n’est pas justifié.

Je suis par ailleurs du même avis que le juge Estey.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE PRATTE (*dissident*)—J’ai eu l’avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le juge Estey, mais je ne partage pas son avis et conclurais plutôt au rejet du pourvoi.

Les faits ne sont pas contestés; le juge Estey les résume fort bien et cite également toutes les dispositions législatives pertinentes. Je tenterai donc d’éviter toute répétition sauf lorsque nécessaire pour la meilleure compréhension des présents motifs.

La seule véritable question en litige consiste à déterminer si, par suite de la dissolution du comté de Carleton (le «comté»), de la création de la Municipalité régionale d’Ottawa-Carleton («la Municipalité régionale») et du transfert de tout l’actif et le passif du comté à la Municipalité régionale, la Commission municipale est compétente pour établir les droits des cantons appelants (les «appelants») sur l’actif du comté et déterminer, s’il y a lieu, l’indemnité payable aux appelants par la Municipalité régionale, sous forme de régularisation de l’actif et du passif ou autrement.

Aux termes de *The Municipal Act, R.S.O. 1970, chap. 284*, les habitants de chacun des appelants formaient à toutes les époques en cause une entité juridique, une municipalité de canton créée à une fin bien précise.

Avant l’adoption de *The Regional Municipality of Ottawa-Carleton Act, 1968* (la «loi concernant Ottawa-Carleton») (1968 (Ont.), c. 115; mainte-

407. For convenience reference will be had to the numbering found in the Revised Statutes), the same inhabitants together with those of other areas were also constituted as a distinct body corporate, known as a corporation of county, for other well defined but different objects. The Appellants were not members of the County and they had no legal responsibility to their respective inhabitants for the management of the affairs of the County; the County had its own assets and liabilities over which the Appellants had no control and in which they had no interest either legal or equitable.

By the Ottawa-Carleton Act, the inhabitants of the Appellants were constituted into another body corporate, the Regional Municipality, and the County was dissolved; by s. 135 of the same Act, the assets and liabilities of the county were declared to be the assets and liabilities of the Regional Municipality. This statutory vesting was recognized by the Divisional Court and that part of their order is not in dispute before us.

It is beyond question that s. 135 of the Ottawa-Carleton Act did not create in favour of the Appellants an interest in the assets and liabilities that belonged to the County. It would therefore normally follow in the absence of any other applicable legislative provision that the Municipal Board should be held to be without jurisdiction to determine the compensation due as the result of the taking of an interest that has in law no existence.

But it is argued that the Appellants must somehow be deemed to have had an interest in the assets and liabilities of the County for which they are entitled to be compensated because of the authority given to the Municipal Board by s. 137 of the Ottawa-Carleton Act which reads in part as follows:

137(1) Except as provided in this Act, the Municipal Board upon the application of any area municipality, the Regional Corporation or the United Counties may exercise any of the powers under clauses *a*, *b* and *d* of subsection 11 of section 14 of *The Municipal Act* in relation to the dissolution of the County of Carleton and the removal of the Township of Cumberland from the County of Russell and the United Counties and the

nant publiée à R.S.O. 1970, chap. 407, pour plus de commodité je me référerai aux numéros d'articles des Statuts Révisés), les mêmes habitants et ceux d'autres régions formaient également une entité juridique distincte, appelée municipalité de comté, créée à d'autres fins bien précises mais différentes. Les appelants n'étaient pas membres du comté et n'avaient aucune responsabilité légale envers leurs habitants respectifs relativement à la gestion des affaires du comté; le comté avait un actif et un passif propres à l'égard desquels les appelants n'avaient aucun contrôle ni aucun droit en vertu d'une loi ou en *equity*.

Aux termes de la loi concernant Ottawa-Carleton, les habitants des appelants ont été constitués en une autre entité juridique, la Municipalité régionale, et le comté a été dissous; aux termes de l'art. 135 de la même loi, l'actif et le passif du comté sont devenus l'actif et le passif de la Municipalité régionale. La Cour divisionnaire a reconnu la validité de ce transfert opéré par la loi et cette partie de son ordonnance n'est pas contestée devant nous.

Il est incontestable que l'art. 135 de la loi concernant Ottawa-Carleton n'a pas donné aux appelants un droit sur l'actif et le passif qui appartenaient au comté. En conséquence, il serait logique, en l'absence de toute autre disposition législative applicable, que la Commission municipale n'ait pas compétence pour établir l'indemnité due par suite de l'appropriation d'un droit juridiquement inexistant.

Mais on prétend qu'à cause de pouvoir conféré à la Commission municipale par l'art. 137 de la loi concernant Ottawa-Carleton, les appelants doivent en quelque sorte être réputés avoir eu un droit sur l'actif et le passif du comté et qu'ils ont en conséquence le droit d'être indemnisés; l'extrait pertinent de cet article se lit comme suit:

[TRADUCTION] 137(1) Sous réserve des dispositions de la présente loi, la Commission municipale peut, sur requête d'une municipalité regroupée, de la Municipalité régionale ou des comtés unis, exercer les pouvoirs énoncés aux alinéas a), b) et d) du paragraphe (11) de l'article 14 de *The Municipal Act* relativement à la dissolution du comté de Carleton et au retrait du canton de Cumberland du comté de Russell et des comtés unis,

dissolution of local boards of health and suburban roads commissions under this Act.

The relevant part of s. 14 of *The Municipal Act* is as follows:

14(11) The Municipal Board may, by any order made pursuant to an application under this section or by subsequent order or orders,

- (a) make all such adjustments of assets and liabilities as between the municipalities, including counties, affected by any such order as may be agreed upon or, in default of agreement, as the Board may consider equitable;

The combined effect of these two statutory provisions is to give the Municipal Board the power to adjust assets and liabilities as between the municipalities affected by "the dissolution of the County of Carleton". This power of adjustment necessarily implies that the municipalities between which the adjustment is to take place have an interest in the assets and liabilities which are to be adjusted; I fail to see how an adjustment can be made in favour of a municipality that has contributed nothing to the newly created Regional Municipality and whose assets and liabilities are not affected by "the dissolution of the County of Carleton". Furthermore, the statutory vesting of all the assets and liabilities of the County into the Regional Municipality and the dissolution of the County necessarily excludes the possibility of making any adjustment; if all the assets and liabilities of the County of Carleton are to belong to the new Corporation it becomes a virtual impossibility to make any adjustment because there remains nothing to adjust. The statutory vesting in favour of the Regional Municipality may possibly have some adverse effects on the inhabitants of the Appellants but the Appellants do not for such purposes represent their own inhabitants and they are not empowered, in the circumstances of this case, to act in any representative capacity.

In brief, the very wording of s. 14(11) of *The Municipal Act* and s. 137 of the Ottawa-Carleton Act indicates that the assets and liabilities to be adjusted are those of the municipalities that are affected by the dissolution of the County of Carle-

et à la dissolution des services locaux d'hygiène et de voirie en vertu de la présente loi.

L'extrait pertinent de l'art. 14 de *The Municipal Act* se lit comme suit:

[TRADUCTION] 14(11) La Commission municipale peut, par une ordonnance édictée à la suite d'une requête présentée en vertu du présent article ou par une ordonnance subséquente

- a) procéder à toutes les opérations de régularisation de l'actif et du passif des municipalités visées par une telle ordonnance, y compris les comtés, dont il sera convenu ou, à défaut d'accord, aux opérations que la Commission estime équitable d'effectuer;

L'effet combiné de ces deux dispositions législatives est de donner à la Commission municipale le pouvoir de régulariser l'actif et le passif des municipalités touchées par «la dissolution du comté de Carleton». Ce pouvoir de régularisation implique nécessairement que les municipalités concernées ont un droit sur l'actif et le passif qui doit être régularisé; je ne vois pas comment une municipalité peut profiter d'une régularisation si elle n'a rien apporté à la nouvelle municipalité régionale et si son actif et son passif ne sont pas touchés par «la dissolution du comté de Carleton». En outre, le transfert prévu dans la loi de tout l'actif et le passif du comté à la Municipalité régionale et la dissolution du comté excluent nécessairement toute possibilité de régularisation; si tout l'actif et le passif du comté de Carleton appartient à la nouvelle municipalité, il devient virtuellement impossible de procéder à des opérations de régularisation parce qu'il ne reste rien à régulariser. Le transfert à la Municipalité régionale prévu par la loi peut léser les habitants des appelants, mais ces derniers ne représentent pas leurs contribuables à ces fins et, dans les circonstances de l'espèce, ne sont pas habilités à agir à titre de représentants.

Bref, le texte même du par. 14(11) de *The Municipal Act* et l'art. 137 de la loi concernant Ottawa-Carleton précisent que l'actif et le passif à être régularisés sont l'actif et le passif des municipalités touchées par la dissolution du comté de

ton; such dissolution had no effect on the Appellants; there can therefore be no adjustment.

But it is argued that the words "in relation to the dissolution of the County of Carleton" in s. 137 of the Ottawa-Carleton Act are to be given some meaning because of the rule of construction that effect must be given to all the words of a statute. I do not find this argument to be persuasive. Firstly, this rule is not absolute; it is one of the many guides that are to be used whenever it is necessary to ascertain the meaning of a statute by reference to the true intent of the legislature.

Secondly, it would be somewhat extraordinary if a municipality that is in no way affected by the dissolution of the County were to have the right to claim compensation for a non-existing interest in the assets and liabilities of the County. The legislature may undoubtedly by appropriate words achieve such a result but I cannot bring myself to the view that the words of s. 137 are sufficiently clear to lead one to the inescapable conclusion that it was intended that the Appellants should be compensated for an interest that did not exist.

I prefer to believe that the words "in relation to the dissolution of the County of Carleton" might possibly have been inserted in s. 137(1) of the Ottawa-Carleton Act *ex abundanti cautela* or maybe under some misapprehension as to the state of the law.

In *Davies Jenkins & Co. Ltd. v. Davies*¹⁰, Lord Morris of Borth-y-Gest said at p. 922:

It is well accepted that the belief and assumption of those who frame Acts of Parliament cannot make the law.

Previously, in *Inland Revenue Commissioners v. Dowdall, O'Mahoney & Co. Ltd.*¹¹, Lord Reid had said at p. 417:

There is a difference between Parliament exhibiting an erroneous opinion as to the existing law and enacting that that law shall be changed.

Carleton; cette dissolution ne touche aucunement les appelants et elle ne donne donc pas lieu à régularisation.

On prétend toutefois, en invoquant la règle d'interprétation selon laquelle tous les termes d'une loi doivent avoir un effet, qu'il faut donner un sens aux termes «relativement à la dissolution du comté de Carleton» à l'art. 137 de la loi concernant Ottawa-Carleton. Cet argument ne me convainc pas. Premièrement, cette règle n'est pas absolue; il s'agit d'un principe parmi plusieurs auxquels on a recours lorsqu'il est nécessaire d'analyser le sens d'une loi en fonction de l'intention du législateur.

Deuxièmement, il serait pour le moins surprenant qu'une municipalité non touchée par la dissolution du comté puisse revendiquer une indemnité pour un droit inexistant sur l'actif et le passif du comté. Il est évident que la législature peut arriver à ce résultat en employant les termes appropriés, mais je ne puis croire que les termes de l'art. 137 sont suffisamment clairs pour justifier la conclusion inévitable que le législateur a voulu permettre aux appelants d'être indemnisés pour un droit inexistant.

Je préfère croire que les termes «relativement à la dissolution du comté de Carleton» ont été insérés au par. 137(1) de la loi concernant Ottawa-Carleton *ex abundanti cautela* ou peut-être à la suite d'une conception erronée de l'état du droit.

Dans l'arrêt *Davies Jenkins & Co. Ltd. v. Davies*¹⁰, lord Morris of Borth-y-Gest dit, à la p. 922:

[TRADUCTION] Il est bien établi que la croyance et les suppositions des rédacteurs des lois du Parlement ne peuvent créer le droit.

Dans un arrêt antérieur, *Inland Revenue Commissioners v. Dowdall, O'Mahoney & Co. Ltd.*¹¹ lord Reid avait dit, à la p. 417:

[TRADUCTION] Il existe une différence entre la manifestation d'une opinion erronée du Parlement quant au droit existant et le fait de décréter que le droit sur ce point particulier est modifié.

¹⁰ [1967] 1 All E.R. 913.

¹¹ [1952] A.C. 401.

¹⁰ [1967] 1 All E.R. 913.

¹¹ [1952] A.C. 401.

In *Garbutt v. Durham Joint Committee*¹², Lord Loreburn, L.C., spoke thus at p. 294:

Only one section, namely, s. 4, sub-s. 5, can be said to be unfavourable to this view. That particular subsection does seem to have been drawn in the thought that the service must be continuous service. But I think it is a superfluous section inserted *ex abundanti cautela*, and the natural meaning of the language used at the commencement of the Act ought not to be affected by the presence of a clause like that.

See also *Hollyhomes v. Hind*¹³.

In *Cramas Properties Ltd. v. Connaught Fur Trimmings Ltd.*¹⁴, Lord Reid had this to say at p. 899:

It is true that on my interpretation of this provision this change of language can only be explained as a mistake on the part of the draftsman in failing to revise his draft so as to bring the language into line . . . Fortunately draftsmen do not often make mistakes but I cannot suppose that every draftsman is entirely free from that ordinary human failing. I find it very much easier to infer such a mistake than to suppose that the draftsman deliberately sought to introduce a novel and irrational rule by means which no draftsman worthy of the name would adopt. The canons of construction are not so rigid as to prevent a realistic solution. So I am of the opinion that this appeal must be allowed.

In the course of the argument before us, reference was made to a number of statutes dealing with regional municipal reorganization in other parts of the Province which were adopted by the legislature subsequently to the Ottawa-Carleton Act. The language used by the legislature in these subsequent statutes cannot be of any assistance as regards the meaning of the Ottawa-Carleton Act. It is normally the function of the courts to interpret statutes and it should not be assumed in the absence of a clear expression of opinion to the contrary that the legislature intended to usurp that function.

I agree with the following passage from the reasons of Pigeon J. speaking for a majority of this Court in *Gravel v. City of St. Leonard*¹⁵ at p. 667:

Dans *Garbutt v. Durham Joint Committee*¹², lord Loreburn écrit à la p. 294:

[TRADUCTION] Une seule disposition, en l'occurrence le par. 5(4), peut être considérée comme contraire à cette opinion. Ce paragraphe particulier ne semble pas avoir été rédigé en fonction de l'idée que l'emploi devait être un emploi continu. Mais j'estime qu'il s'agit d'une disposition superflue, insérée *ex abundanti cautela*, et que le sens ordinaire des termes employés au début de la Loi ne doit pas être changé par la présence de ce paragraphe.

Voir également *Hollyhomes v. Hind*¹³.

Dans *Cramas Properties Ltd. v. Connaught Fur Trimmings Ltd.*¹⁴, lord Reid a dit à la p. 899:

[TRADUCTION] Il est exact que selon mon interprétation de cette disposition, cette différence quant aux termes employés ne peut s'expliquer que par une erreur du rédacteur qui n'a pas révisé son projet pour en uniformiser le texte . . . Heureusement, les erreurs de rédaction sont rares, mais l'erreur est humaine et il ne faut pas penser que les rédacteurs en sont à l'abri. Je préfère conclure qu'il s'agit d'une erreur et non de l'introduction délibérée d'une règle nouvelle et irrationnelle selon une méthode qu'aucun rédacteur digne de ce nom n'adopterait. Les principes d'interprétation ne sont pas rigoureux au point d'empêcher une solution réaliste. Je suis donc d'avis d'accueillir cet appel.

Au cours des débats devant cette Cour, on a cité plusieurs lois relatives à des réorganisations municipales régionales dans d'autres parties de la province adoptées après la loi concernant Ottawa-Carleton. Les termes employés par la législature dans ces lois subséquentes ne peuvent servir à l'interprétation de la loi concernant Ottawa-Carleton. Il appartient normalement aux tribunaux d'interpréter les lois et il ne faut pas présumer, en l'absence d'une disposition claire à l'effet contraire, que la législature entendait s'arroger cette fonction.

Je souscris à l'extrait suivant des motifs du juge Pigeon rédigés pour la majorité de cette Cour dans *Gravel c. Cité de St-Léonard*¹⁵, à la p. 667:

¹² [1906] A.C. 291.

¹³ [1944] 1 K.B. 571.

¹⁴ [1965] 1 W.L.R. 892.

¹⁵ [1978] 1 S.C.R. 660.

¹² [1906] A.C. 291.

¹³ [1944] 1 K.B. 571.

¹⁴ [1965] 1 W.L.R. 892.

¹⁵ [1978] 1 R.C.S. 660.

When an act is not applicable because it is subsequent to the facts which gave rise to the action, nothing is to be made of it: *M.F.F. Equities v. The Queen* ([1969] S.C.R. 595), at pp. 598-599. Legislative history may be used to interpret a statute because prior enactments may throw some light on the intention of the legislature in repealing, amending, replacing or adding to it. It is even possible, seeing that the *Quebec Interpretation Act* does not prohibit it, to consider judgments rendered before the adoption of a statute, when there is reason to believe that the legislator himself took them into consideration (see *Notre-Dame Hospital v. Patry*, [1975] 2 S.C.R. 388, at p. 394). The situation is completely different with respect to a statute subsequent in time to the facts which gave rise to the action. The construction of prior legislation is then exclusively a matter for the courts. In refraining from giving the new enactment retroactive or declaratory effect, the legislator avoids expressing an opinion on the previous state of the law, leaving it to the courts.

Furthermore, the factual situations dealt with in the other subsequent statutes to which we were referred were quite different from that in the case at bar.

I am therefore of the opinion that the appeal should be dismissed with costs.

Appeal allowed, PRATTE J. dissenting.

Solicitors for the appellants: Bell, Baker, Thompson, Oyen & Webber, Ottawa.

Solicitor for the Regional Municipality of Ottawa-Carleton: J. D. Cameron, Ottawa.

Solicitor for the City of Ottawa: D. V. Hambling, Ottawa.

Solicitors for the Township of Cumberland: Houlahan & Baldwin, Ottawa.

Quand une loi ne s'applique pas à un litige parce qu'elle est postérieure aux faits qui y ont donné naissance, on ne saurait en tirer aucune conclusion: *M.F.F. Equities c. La Reine* ([1969] R.C.S. 595), aux pp. 598-599. L'historique d'une législation peut servir à l'interpréter parce que les textes antérieurs sont de nature à jeter de la lumière sur l'intention qu'avait le législateur en les abrogeant, les modifiant, les remplaçant ou y ajoutant. On peut même, puisque la *Loi d'interprétation* du Québec n'y fait pas obstacle tenir compte d'arrêts rendus avant l'adoption d'une loi, quand il est raisonnable de penser que le législateur lui-même en tenait compte, (Voir *Hôpital Notre-Dame c. Patry*, [1975] 2 R.C.S. 388 à la p. 394). La situation est toute autre lorsque l'on est en présence d'une loi subséquente aux faits qui ont donné lieu au litige. La décision sur le sens de la législation antérieure est alors du ressort exclusif des tribunaux. En s'abstenant de donner au texte nouveau l'effet rétroactif ou déclaratoire, le législateur évite de se prononcer sur l'état antérieur du droit et laisse aux tribunaux le soin de le faire.

En outre, les faits dont traitent les lois subséquentes qu'on a citées, sont très différents de ceux de l'espèce.

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

Pourvoi accueilli, le juge PRATTE étant dissident.

Procureurs des appelantes: Bell, Baker, Thompson, Oyen & Webber, Ottawa.

Procureur de la Municipalité régionale d'Ottawa-Carleton: J. D. Cameron, Ottawa.

Procureur de la ville d'Ottawa: D. V. Hambling, Ottawa.

Procureurs du canton de Cumberland: Houlahan & Baldwin, Ottawa.

James Edward Sellars *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1979: December 5; 1980: February 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Charge to jury — Testimony of an accessory after the fact — Rule of caution applicable — Opinion expressed by the Court earlier — Authority of this opinion — Obiter dictum — No substantial wrong or miscarriage of justice — Criminal Code, s. 613(1)(b)(iii).

Appellant was found guilty of murder after being tried by a court consisting of a judge and jury. At the hearing, the prosecution called as a witness one Welch who was admittedly an accessory after the fact. A majority of the Court of Appeal of Quebec upheld the guilty verdict. In this Court appellant raised only one question: he argued that the rule requiring a judge to warn the jury of the risk of basing a guilty verdict on the uncorroborated testimony of an accomplice extends to an accessory after the fact. Respondent contended that even if appellant was correct on this point, the appeal should be dismissed in accordance with s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, which provides that “notwithstanding that the Court is of the opinion that . . . the appeal might be decided in favour of the appellant”, on the ground that the trial judgment constituted an erroneous decision on a point of law, it may dismiss the appeal if “it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred”.

Held: The appeal should be dismissed.

Appellant’s argument must be admitted on the first point. In *Paradis v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 264, this Court in fact held that the same rule of caution must be applied to the testimony of an accessory after the fact as to that of an accomplice. Although it was not absolutely necessary to do so in order to dispose of the appeal, the Court has ruled on the point and this interpretation must be followed.

However, in light of the evidence and taking into consideration all the circumstances of the case, respondent’s argument based on s. 613(1)(b)(iii) Cr.C. must be allowed. Although the trial judge did not apply the rule of caution mentioned above to the testimony of an

James Edward Sellars *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1979: 5 décembre; 1980: 7 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Directives au jury — Témoignage d’un complice après le fait — Règle de prudence applicable — Opinion exprimée antérieurement par le tribunal — Autorité de cette opinion — Obiter dictum — Absence de tort important ou d’erreur judiciaire grave — Code criminel, art. 613(1)(b)(iii).

L’appellant a été déclaré coupable de meurtre après avoir subi son procès devant une cour composée d’un juge et d’un jury. A l’enquête, le ministère public a fait entendre comme témoin un certain Welch qui, il est admis, est un complice après le fait. La majorité de la Cour d’appel du Québec a confirmé le verdict de culpabilité. Devant cette Cour l’appelant soulève une seule question: il prétend que la règle qui exige que le juge prévienne le jury du danger qu’il y a de fonder un verdict de culpabilité sur le témoignage non corroboré d’un complice, s’étend au complice après le fait. L’intimée plaide que même si l’appelant avait raison sur ce point, le pourvoi devrait être rejeté en application du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* qui prévoit que «bien que la Cour estime que l’appel pourrait être décidé en faveur de l’appelant» pour le motif que le jugement de première instance constitue une décision erronée sur une question de droit, elle peut rejeter l’appel si «elle est d’avis qu’aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit».

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Il faut donner raison à l’appelant sur le premier point. Cette Cour a en effet énoncé dans *Paradis c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 264, qu’il faut appliquer au témoignage du complice après le fait la même règle de prudence qu’à celui du complice du fait. Même s’il n’était pas indispensable de le faire pour disposer du pourvoi, la Cour s’étant prononcée sur la question, cette interprétation doit prévaloir.

Toutefois, à la lumière de la preuve et compte tenu de toutes les circonstances de cette cause, l’argument de l’intimée fondé sur l’al. 613(1)(b)(iii) C.c. doit être accueilli. Bien que le juge de première instance n’ait pas appliqué au complice après le fait la règle de prudence

accessory after the fact, he nonetheless instructed the jury on the credibility of witnesses and the factors by which it may be affected. In particular, he asked the jury to consider Welch's character, his reputation, in conjunction with his past conduct and his action in the case at bar. Urging the jurors to caution because Welch was an accessory after the fact would not have had a different effect on them from that produced by the caution contained in the judge's remarks. Accordingly, no substantial wrong or miscarriage of justice occurred. Moreover, apart from Welch's testimony, the evidence appears to be overwhelming.

Paradis v. The Queen, [1978] 1 S.C.R. 264, applied; *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396; *Schwartz v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 673; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940; *Attorney General of Quebec v. Cohen*, [1979] 2 S.C.R. 305; *Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409; *Ottawa v. Nepean Township et al.*, [1943] 3 D.L.R. 802; *Avon v. The Queen*, [1971] S.C.R. 650; *Re Depagie and The Queen* (1976), 32 C.C.C. (2d) 89, referred to.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec¹, affirming a guilty verdict rendered by a jury of the Superior Court, criminal side. Appeal dismissed.

Jean R. Salois, for the appellant.

Ronald Schachter, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—Only one question is raised by appellant, namely whether the rule requiring a judge to warn the jury of the risk of basing a guilty verdict on the uncorroborated testimony of an accomplice extends to an accessory after the fact.

The justification for this rule is the interest which an accomplice is presumed to have in attributing responsibility for a crime to another person in order thereby to exculpate himself. Some believe that an accessory after the fact lacks this interest, since his crime is distinct and subsequent and he escapes all liability if the person he helped is acquitted. Others take the view that he may nonetheless have an interest likely to lessen his

¹ [1978] C.A. 469.

mentionnée plus haut, il a néanmoins instruit le jury au sujet de la crédibilité des témoins et des facteurs qui peuvent l'entacher. Notamment il a invité le jury à s'interroger sur le caractère, la réputation de Welch en regard de sa conduite passée et de son comportement dans cette affaire. Inviter les jurés à la prudence parce que Welch était un complice après le fait n'aurait pas produit sur eux un effet différent de celui qu'a pu produire la mise en garde contenue dans les remarques du juge. Aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ne s'est donc produit. De plus, mis à part le témoignage de Welch, la preuve paraît accablante.

Jurisprudence: *Paradis c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 264 (arrêt appliqué); *Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan*, [1941] R.C.S. 396; *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940; *Procureur général du Québec c. Cohen*, [1979] 2 R.C.S. 305; *Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409; *Ottawa v. Nepean Township et al.*, [1943] 3 D.L.R. 802; *Avon c. La Reine*, [1971] R.C.S. 650; *Re Depagie and The Queen* (1976), 32 C.C.C. (2d) 89.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹ confirmant une déclaration de culpabilité prononcée par un jury de la Cour supérieure de juridiction criminelle. Pourvoi rejeté.

Jean R. Salois, pour l'appelant.

Ronald Schachter, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—Une seule question est soulevée par l'appelant, à savoir si la règle qui exige que le juge prévienne le jury du danger qu'il y a de fonder un verdict de culpabilité sur le témoignage non corroboré d'un complice, s'étend au complice après le fait.

Cette règle a pour raison d'être l'intérêt présumé qu'a un complice d'attribuer la responsabilité d'un crime à un autre pour du même coup se disculper. Pour certains le complice après le fait n'a pas cet intérêt puisque son crime est distinct et postérieur et il échappe à toute responsabilité si celui qu'il a aidé est acquitté. Pour d'autres il peut quand même avoir un intérêt qui entache sa crédibilité, celui par exemple de coopérer avec la poursuite

¹ [1978] C.A. 469.

credibility, as for example in co-operating with the prosecution in the hope of a lighter sentence. Briefly stated, these are the two approaches between which opinion has long been divided.

However, in *Paradis v. The Queen*², a majority of this Court expressed the opinion that the same rule of caution must be applied to the testimony of an accessory after the fact as to that of an accomplice, and in my opinion, therefore, this is the interpretation that must prevail.

As it does from time to time, the Court has thus ruled on the point, although it was not absolutely necessary to do so in order to dispose of the appeal.

In *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*³, which has since been followed on the constitutional question decided in that case, Rinfret J., as he then was, wrote at pp. 411 and 412:

The Supreme Court *en banc*, however, thought it advisable to deal with the question of the constitutionality of section 84(1) of the *Highway Traffic Act, 1936*, since the *Criminal Code* has enacted sec. 285, subs. 7, amended by sec. 6 of ch. 30 of the Statutes of Canada, 3 Geo. VI (1939). And that Court declared *ultra vires* the provision of the *Highway Traffic Act* "as to cancellation of a licence on a conviction for driving a motor car whilst intoxicated."

It is because of the declaration on that point that the Attorney-General of Prince Edward Island has carried his appeal to this Court and that the Attorney-General of Canada and the Attorney-General for Ontario have been allowed to intervene. It was represented to us that this declaration has an important and wide consequence and that, while only an *obiter dictum*, it might affect the jurisprudence not only in Prince Edward Island but also in other provinces. It appears desirable, therefore, that this Court should express its opinion upon the matter.

Similarly, in *Schwartz v. The Queen*⁴, the Court, although this was not necessary to its decision, expressed a majority opinion on the meaning of the word "wrong" in s. 16(2) of the *Criminal Code*. Martland J. wrote at pp. 694 and 695:

² [1978] 1 S.C.R. 264.

³ [1941] S.C.R. 396.

⁴ [1977] 1 S.C.R. 673.

dans l'espoir d'un traitement moins rigoureux. C'est en bref suivant ces deux lignes de pensée que pendant longtemps les opinions se sont partagées.

Cependant dans *Paradis c. La Reine*², cette Cour a exprimé l'opinion majoritaire qu'il faut appliquer au témoignage du complice après le fait la même règle de prudence qu'à celui du complice du fait et on doit donc, me semble-t-il, tenir que telle est l'interprétation qui prévaut.

La Cour, comme elle le fait à l'occasion, s'est ainsi prononcée sur la question, même s'il n'était pas indispensable de le faire pour disposer du pourvoi.

Dans *Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan*³, qui fait autorité depuis lors sur la question constitutionnelle qui y fut décidée, le juge Rinfret, comme il était alors, écrivait aux pp. 411 et 412:

[TRADUCTION] Toutefois, la Cour suprême en banc a jugé utile d'étudier la question de la constitutionnalité du par. 84(1) de la *Highway Traffic Act, 1936*, vu le par. 285(7) du *Code criminel*, modifié par l'art. 6 du chap. 30 des Statuts du Canada, 3 Geo. VI (1939). Cette Cour a jugé *ultra vires* la disposition de la *Highway Traffic Act* portant «sur l'annulation d'un permis par suite d'une condamnation pour avoir conduit une automobile en état d'ébriété».

Vu l'énoncé sur ce point, le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard a interjeté appel devant cette Cour et la permission d'intervenir a été accordée au procureur général du Canada et au procureur général de l'Ontario. On a fait valoir devant nous la conséquence importante et étendue de cet énoncé et le fait que même s'il ne s'agit que d'un *obiter dictum*, un tel énoncé peut influencer la jurisprudence non seulement de l'Île-du-Prince-Édouard mais des autres provinces. Par conséquent, il apparaît judicieux à cette Cour de donner son opinion sur la question.

De même dans *Schwartz c. La Reine*⁴, la Cour, bien que cela ne fût pas nécessaire pour trancher, exprimait une opinion majoritaire sur le sens du mot «mauvais» à l'art. 16(2) du *Code criminel*. Le juge Martland écrivait aux pp. 694 et 695:

² [1978] 1 R.C.S. 264.

³ [1941] R. C. S. 396.

⁴ [1977] 1 R.C.S. 673.

In my opinion the judge's charge upon the meaning of the word "wrong" in s. 16(2) was not erroneous. I propose to deal with this issue only because the matter was fully argued before us, and it would be desirable that an expression of opinion on this point by this Court should be made.

See also *Switzman v. Elbling*⁵, and *R. v. Zelensky*⁶.

In *Attorney General for the Province of Quebec v. Cohen*⁷, the Court affirmed the authority of a statement of principle contained in one of its decisions. Pigeon J., speaking for the Court, wrote at p. 308:

I cannot accept that what was said in *Patterson* by the two judges who disagreed with Judson J. on what he said in the last quoted paragraph, although one of them agreed on the conclusion, in any way detracts from the authority of this statement of principle approved by a majority of this Court.

The *Patterson*⁸ decision, was also followed by the Court of Appeal of Alberta in *Re Depagie and The Queen*⁹, in which McDermid J., citing the same passage as Pigeon J. in *Cohen*, wrote on behalf of the majority, at p. 92:

... However, even if the last paragraph of the judgment I have quoted is *obiter*, as stated by Bouck, J., in *R. v. Hubbard et al.*, [1976] 3 W.W.R. 152, I would not feel justified in not following it even if I thought it was not in accord with the previous authorities.

In *Ottawa v. Nepean Township et al.*¹⁰, Robertson C.J. wrote for the Court of Appeal of Ontario, at p. 804:

... What was there said may be *obiter*, but it was the considered opinion of the Supreme Court of Canada, and we should respect it and follow it even if we are not strictly bound by it.

In the case at bar the trial judge did not apply the foregoing rule, as in his opinion it did not apply to the testimony of an accessory after the fact. He said the following in his charge to the jury:

A mon avis, les directives du juge sur le sens du mot «mauvais» à l'art. 16(2) n'étaient pas erronées. Si je traite de cette question, c'est qu'elle a été pleinement débattue devant nous et qu'il est souhaitable que la Cour exprime son opinion là-dessus.

Voir aussi *Switzman c. Elbling*⁵, et *R. c. Zelensky*⁶.

Dans *Procureur général de la province de Québec c. Cohen*⁷, la Cour affirmait l'autorité d'un énoncé de principe contenu dans une de ses décisions. Au nom de la Cour, le juge Pigeon écrivait à la p. 308:

Au sujet du dernier alinéa cité, je ne puis admettre que, dans l'affaire *Patterson*, l'avis contraire de deux juges dont l'un a néanmoins endossé la conclusion du juge Judson, amoindrit de quelque façon l'autorité de cet énoncé de principe approuvé par la majorité de la Cour.

Ce même arrêt *Patterson*⁸ fut suivi par la Cour d'appel de l'Alberta dans *Re Depagie and The Queen*⁹ où le juge McDermid, citant le même passage que le juge Pigeon dans l'affaire *Cohen*, écrivait au nom de la majorité, à la p. 92:

[TRADUCTION] ... Toutefois, même si le dernier alinéa du jugement que j'ai cité est un *obiter*, comme l'a déclaré le juge Bouck dans *R. v. Hubbard et al.*, [1976] 3 W.W.R. 152, je ne vois pas de raison de ne pas le suivre même à supposer qu'il soit incompatible avec la jurisprudence antérieure.

Dans *Ottawa v. Nepean Township et al.*¹⁰, le juge en chef Robertson écrivait pour la Cour d'appel de l'Ontario, à la p. 804:

[TRADUCTION] ... Ce qui a été énoncé constitue peut-être un *obiter*; mais il s'agit d'une opinion motivée de la Cour suprême du Canada et nous devons la respecter et la suivre, même si strictement nous ne sommes pas liés.

Dans l'espèce le juge de première instance n'a pas appliqué la règle ci-dessus, étant d'avis qu'elle ne s'appliquait pas au témoignage du complice après le fait. Voici comment il s'en est exprimé à l'intention du jury:

⁵ [1957] S.C.R. 285.

⁶ [1978] 2 S.C.R. 940.

⁷ [1979] 2 S.C.R. 305.

⁸ *sub. nom. Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409.

⁹ (1976), 32 C.C.C. (2d) 89.

¹⁰ [1943] 3 D.L.R. 802.

⁵ [1957] R.C.S. 285.

⁶ [1978] 2 R.C.S. 940.

⁷ [1979] 2 R.C.S. 305.

⁸ *sub. nom. Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409.

⁹ (1976), 32 C.C.C. (2d) 89.

¹⁰ [1943] 3 D.L.R. 802.

... Witness Welch was not an accomplice because he was not one who knowingly and voluntarily cooperated with or assisted or advised or encouraged another to commit a crime.

If and it would appear that he was an accessory after the fact, he is not an accomplice in the sense that I must warn you of the danger of condemning the accused on the strength of his uncorroborated testimony.

It should be mentioned that the judge's charge dates back to July 5, 1976, before the judgment of this Court in *Paradis*, which was handed down on February 8, 1977. The trial judge properly relied on the judgment of the Court of Appeal in the same case, handed down on January 7, 1975.

However, in the case at bar, a majority judgment of the Court of Appeal of Quebec dismissed the ground of appeal based on the failure to apply this rule.

In view of the foregoing conclusion that, as determined by this Court in *Paradis*, the same rule must be applied to the testimony of an accessory after the fact, appellant's argument on this point must be upheld.

However, respondent contended that the appeal should be dismissed nonetheless, pursuant to s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, which reads:

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) ...

(b) may dismiss the appeal where

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.

In light of the evidence, and taking into consideration all the circumstances of this case, I would dismiss the appeal on this ground.

[TRADUCTION] ... Le témoin Welch n'est pas un complice car il n'a pas sciemment et volontairement collaboré avec quelqu'un en vue de commettre un acte criminel, ni assisté, conseillé ou encouragé quelqu'un à commettre un tel acte.

S'il est un complice après le fait, et cette conclusion semble plausible, ce n'est pas un complice dans le sens où il doit faire l'objet d'une directive de ma part vous mettant en garde contre le danger de condamner l'accusé sur la foi de son témoignage non corroboré.

Il convient de signaler que les directives du juge remontent au 5 juillet 1976, avant le jugement de cette Cour dans l'affaire *Paradis* qui fut prononcé le 8 février 1977. Le juge de première instance se fondait à bon droit sur le jugement de la Cour d'appel dans la même affaire, prononcé le 7 janvier 1975.

Cependant, dans la présente instance, à la majorité la Cour d'appel du Québec a rejeté le grief d'appel fondé sur le défaut d'appliquer cette règle.

Vu la conclusion ci-dessus qu'il faut, tel que déterminé par cette Cour dans l'affaire *Paradis*, appliquer la même règle au témoignage du complice après le fait, l'on doit donner raison à l'appelant sur ce point.

L'intimée a toutefois plaidé que le pourvoi devrait quand même être rejeté en application de l'art. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* qui se lit:

613. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appelant est incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, ou d'un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, la cour d'appel

a) ...

b) peut rejeter l'appel si

(iii) bien que la cour estime que, pour tout motif mentionné au sous-alinéa a(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

A la lumière de la preuve et compte tenu de toutes les circonstances de cette cause je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour ce motif.

The facts are summarized by Dubé J. of the Court of Appeal as follows:

[TRANSLATION] Pierre Côté, a bachelor, residing at 34 rue Claudel, Lévis, was last seen alive on August 23, 1975 at Lévis by his sister-in-law, Mrs. Hélène Carrier Côté; at the time he was in possession of his car, a yellow-gold 1972 Mustang, registered in his name with licence number 254A671.

On October 4, 1975, at St-Philippe de Néri, ninety-five (95) miles east of Quebec City, a youth named Philippe Bélanger found a body in an advanced state of decomposition in the forest: subsequent research showed the body to be that of Pierre Côté.

Pierre Côté's cause of death was attributed to two 22-calibre revolver bullets found in the skull of the victim.

On February 3, 1976, a car which was subsequently identified as that of Pierre Côté was seen on a parking lot at Fredericton in New Brunswick; Joseph-Pierre Chauvin, a member of the RCMP disguised as an ordinary citizen, met with appellant Sellars who lived in Fredericton, and the latter told him that he had the car in question for sale for the sum of \$1,500 from the real owner, who was planning to report his car as stolen and so claim the amount from his insurance company.

The foregoing facts are not in dispute and no evidence was presented to rebut them.

At the hearing, one Ralph Welch testified that he was a friend of Sellars and that he had sold him an old 22-calibre revolver in July 1975. He stated that he saw Sellars in possession of Pierre Côté's automobile in Fredericton during the weekend before the Labour Day holiday, that is at the end of August; Sellars told him that he had received the car in payment of a debt, but that he had no registration; Welch further stated in his testimony that Sellars told him that he had killed a man with the 22 revolver which he had bought from him, and had subsequently gotten rid of the revolver by throwing it away.

Welch stated that he helped Sellars clean up Pierre Côté's car and found in it a watch, which he gave to one of his friends who had apparently since lost it; he also discovered a case used to keep identification papers, which he turned over to the RCMP.

Ralph Welch stated that he had previously been found guilty of unlawful possession of alcoholic beverage.

Les faits sont résumés comme suit par le juge Dubé de la Cour d'appel:

Pierre Côté, célibataire, résidant au numéro 34, rue Claudel, Lévis, fut vu vivant pour la dernière fois le 23 août 1975 à Lévis par sa belle-sœur Madame Hélène Carrier Côté; il était alors en possession de son automobile, une Mustang de l'année 1972 couleur jaune-or, enregistrée à son nom sous le numéro d'immatriculation 254A671.

Le 4 octobre 1975, à St-Philippe de Néri, à quatre-vingt-quinze (95) milles à l'est de Québec, un jeune garçon du nom de Philippe Bélanger trouva dans la forêt un cadavre en état avancé de décomposition: les recherches subséquentes démontrèrent que le cadavre était celui de Pierre Côté.

La cause de la mort de Pierre Côté fut attribuée à deux projectiles d'arme à feu de calibre 22 retrouvés dans le crâne de la victime.

Le 3 février 1976, un véhicule-automobile, subseq-
quemment identifié comme étant celui de Pierre Côté, fut vu sur un terrain de stationnement à Frédéric-
tion au Nouveau-Brunswick; alors Joseph-Pierre Chauvin, membre de la Gendarmerie Royale du Canada déguisé en citoyen ordinaire, rencontrera l'appelant Sellars qui résidait à Frédéric-
tion et ce dernier lui dit qu'il avait la voiture en question à vendre pour la somme de \$1,500.00 du véritable propriétaire lequel avait l'intention de déclarer que son véhicule avait été volé et en conséquence d'en réclamer le montant à son assurance.

Les faits ci-dessus ne sont pas contestés et aucune preuve n'a été faite à l'encontre.

A l'enquête, un certain Ralph Welch témoigna à l'effet qu'il était un ami de Sellars et qu'il lui avait vendu un vieux revolver de calibre 22 au cours du mois de juillet 1975. Il déclare avoir vu Sellars en possession de l'automobile de Pierre Côté à Frédéric-
tion au cours de la fin de semaine avant la fête du travail, soit à la fin du mois d'août; Sellars lui aurait dit qu'il avait obtenu ce véhicule en paiement d'une dette, mais qu'il n'avait pas d'enregistrement; Welch continue son témoignage à l'effet que Sellars lui a avoué avoir tué un homme avec le revolver 22 qu'il avait acheté de lui et s'être ensuite débarrassé du revolver en le jetant.

Welch déclare avoir aidé Sellars à nettoyer le véhicule de Pierre Côté et y avoir trouvé une montre qu'il a donnée à un de ses amis lequel l'aurait perdue depuis; il a aussi découvert un étui servant à garder des documents d'identification qu'il a remis à la Gendarmerie Royale.

Ralph Welch avoue avoir déjà été trouvé coupable de possession illégale de boissons alcooliques et il avoue

ages, and stated that he had obtained by theft the revolver which he sold to Sellars.

An expert witness for the Crown on firearms, a physicist named Antoons, stated that the two bullets found in the head of the victim, Pierre Côté, came from two different weapons; however, in a subsequent report Antoons added that it was possible for the two bullets to have been fired by the same weapon, if the weapon was an old and defective revolver. Welch stated that the weapon he sold Sellars was "sound, but it was very old and dirty".

Appellant did not testify and called no witnesses.

While the judge did not apply the rule mentioned above to the testimony of an accessory after the fact, he nonetheless instructed the jury on the credibility of witnesses and the factors by which it may be affected, in particular the interest which a witness may have, and in the case of Welch in particular, his reputation.

To begin with, he said:

The next subject I am going to speak to you about is the credibility or truthfulness of witnesses. You have had in this case an opportunity of hearing evidence by various witnesses; giving accounts of what occurred. You must bring to bear upon the question of credibility or the truthfulness of a witness your experience as men and women in the ordinary affairs of life. You may believe all the evidence given by a witness, a part of the evidence given by the witness or none of the evidence given by a witness.

When deciding upon the credibility of a witness or the weight you are going to give to the evidence of a witness you should consider what chance the witness had to observe the facts to which he or she testified and how capable the witness is of giving an accurate account of what he or she saw or heard. You must also decide whether the witness is biased or prejudiced. Whether the witness has any interest in the case. These are the principal factors which must be considered when deciding upon the credibility or the truthfulness of a witness or the weight to be attached to the evidence of a witness.

He later stated, with respect to Welch:

I want to say a word about Welch and how you should consider his testimony. Witness Welch was not an accomplice because he was not one who knowingly and voluntarily co-operated with or assisted or advised or

qu'il avait obtenu par vol le revolver qu'il a vendu à Sellars.

Le témoin expert de la Couronne en matière d'arme à feu, un physicien du nom de Antoons, déclare que les deux projectiles trouvés dans la tête de la victime Pierre Côté provenaient de deux armes différentes; cependant dans un rapport subséquent Antoons ajoute qu'il est possible que les deux projectiles aient été tirés par la même arme à feu si cette arme à feu était un revolver usé et défectueux. D'après Welch l'arme qu'il a vendue à Sellars était [TRADUCTION] . . . «en bon état mais très vieille et très sale».

L'appelant n'a pas témoigné et n'a fait entendre aucun témoin.

Si le juge n'a pas appliqué au témoignage du complice après le fait la règle mentionnée plus haut, il a néanmoins instruit le jury au sujet de la crédibilité des témoins et des facteurs qui peuvent l'entacher, notamment l'intérêt que peut avoir un témoin, et dans le cas de Welch en particulier, sa réputation.

En un premier temps il dit ceci:

[TRADUCTION]—Le prochain sujet dont je vais vous parler concerne la crédibilité ou la bonne foi des témoins. Vous avez eu l'occasion au cours de la présente affaire d'entendre différents témoins donner leur compte rendu des événements en cause. Vous devez sur cette question de la crédibilité ou de la bonne foi d'un témoin, faire appel à votre expérience en tant qu'hommes et femmes dans les choses courantes de la vie. Vous pouvez croire toute la déposition d'un témoin, une partie de sa déposition, ou vous pouvez la rejeter au complet.

Pour décider de la crédibilité d'un témoin ou du poids à accorder à la déposition d'un témoin, vous devez tenir compte des possibilités que le témoin a eues d'observer les faits dont il témoigne et de sa capacité de donner un compte rendu exact de ce qu'il a vu ou entendu. Vous devez également déterminer si le témoin est partial ou a des préjugés ou s'il a un intérêt dans l'affaire. Ce sont les facteurs principaux dont il faut tenir compte lorsqu'il s'agit d'établir la crédibilité ou la bonne foi d'un témoin ou le poids à accorder à la déposition d'un témoin.

Et plus loin, au sujet de Welch:

[TRADUCTION]—Je désire dire quelques mots au sujet de Welch et de la manière dont vous devez envisager son témoignage. Le témoin Welch n'est pas un complice car il n'a pas sciemment et volontairement

encouraged another to commit a crime.

If and it would appear that he was an accessory after the fact, he is not an accomplice in the sense that I must warn you of the danger of condemning the accused on the strength of his uncorroborated testimony. But there have been statements by our higher Courts to the effect that evidence given by a disreputable person even though he is not an accomplice must be scrutinized and weighed with the greatest care. Is Welch a disreputable person in the eye of the law? Is he disreputable because he was convicted at an early age of possessing liquor? It is true he admitted that he stole the revolver in question and that he tried also to sell the automobile which he must have known did not come from the lawful owner.

I make those remarks about Welch's testimony. I leave it to you to decide how much credit you will place on his testimony after seeing him in the witness box.

In my opinion, the judge's remarks constitute a caution. In particular, the judge alluded to the interest which a witness may have, and this is the justification for the rule of caution regarding the uncorroborated testimony of an accomplice. He further asked the jury to consider Welch's character, his reputation, in conjunction with his past conduct and his actions in the case at bar, after telling them "evidence given by a disreputable person even though he is not an accomplice must be scrutinized and weighed with the greatest care". The judge then stated that he left it to the jury to determine the credibility of the witness. I do not consider that urging the jurors to caution because Welch was an accessory after the fact would have had a different effect on them from that produced by the foregoing remarks, and I have no hesitation in concluding that, in my opinion, no substantial wrong or miscarriage of justice occurred.

This conclusion is strengthened by the fact that, quite apart from Welch's testimony, the evidence appears to be overwhelming in the absence of some explanation: in particular, the possession of the victim's car, the attempt to sell it to a member of the RCMP, and the reasons given to the latter for selling it.

collaboré avec quelqu'un en vue de commettre un acte criminel, ni assisté, conseillé ou encouragé quelqu'un à commettre un tel acte.

S'il est un complice après le fait, et cette conclusion semble plausible, ce n'est pas un complice dans le sens où il doit faire l'objet d'une directive de ma part vous mettant en garde contre le danger de condamner l'accusé sur la foi de son témoignage non corroboré. Mais nos tribunaux d'instance supérieure ont déclaré que le témoignage d'une personne de mauvaise réputation, même si elle n'est pas un complice, doit être étudié et pesé avec le plus grand soin. Aux yeux de la loi, Welch est-il une personne de mauvaise réputation? L'est-il parce qu'il a été déclaré coupable, à un très jeune âge, de possession illégale de boissons alcooliques? Il est vrai qu'il a admis avoir volé le revolver en question et avoir également tenté de vendre l'automobile qu'il savait certes ne pas provenir de son propriétaire légitime.

Ces remarques portent sur le témoignage de Welch. Je vous laisse le soin de décider de la crédibilité de son témoignage après l'avoir entendu à la barre des témoins.

Les remarques du juge constituent à mon sens une mise en garde. Le juge fait allusion en particulier à l'intérêt que peut avoir un témoin, ce qui est la raison d'être de la règle de prudence relative au témoignage non corroboré d'un complice. Il invite en outre le jury à s'interroger sur le caractère, la réputation de Welch en regard de sa conduite passée et de son comportement dans cette affaire, après leur avoir dit [TRADUCTION] «le témoignage d'une personne de mauvaise réputation, même si elle n'est pas un complice, doit être étudié et pesé avec le plus grand soin». Puis le juge laisse au jury, dit-il, le soin de déterminer la crédibilité du témoin. Je ne crois pas que d'inviter les jurés à la prudence parce que Welch était un complice après le fait aurait produit sur eux un effet différent de celui qu'ont pu produire les remarques ci-dessus et je n'hésite pas à conclure qu'à mon avis aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit.

D'autant plus que, mis à part le témoignage de Welch, la preuve me paraît accablante en l'absence d'une explication, en particulier la possession de la voiture de la victime, la tentative de la vendre à un membre de la Gendarmerie Royale et les raisons données à celui-ci pour la vendre.

In *Avon v. The Queen*¹¹, Fauteux C.J., speaking for the majority, wrote at pp. 656 and 657 a passage which I think it is appropriate to cite:

As far as the second grievance raised by appellant is concerned, namely the trial judge's failure to instruct the jury on an accomplice's testimony, Owen J. speaking on behalf of all his colleagues on the Court of Appeal, stated:

However, after considering the record I am of the opinion that a reasonable jury, after being properly directed, would necessarily have found the Appellant guilty of non-capital murder. Therefore, I think this is a case for the application of the provisions of Section 592(1)(b)(iii) Cr.C. In my opinion no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred by reason of the defective charge with respect to accomplices.

I respectfully agree with these views, and would only add this passage taken from the reasons of Sloan C.J. in *The Queen v. Pavlukoff* (1953), 106 C.C.C. 249, 17 C.R. 215, 10 W.W.R. (N.S.) 26:

... the fact that accused did not testify in the face of inculpatory facts was a matter which the Court of Appeal could place on the scale in applying s. 1014(2).

For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Jean R. Salois, Montreal.

Solicitor for the respondent: Ronald Schachter, Montreal.

¹¹ [1971] S.C.R. 650.

Dans *Avon c. La Reine*¹¹, le juge en chef Fauteux au nom de la majorité écrivait aux pp. 656 et 657 ce passage qu'il me paraît pertinent de citer:

En ce qui concerne le second grief soulevé par l'appellant, soit l'omission du juge de première instance d'instruire le jury sur le témoignage d'un complice, M. le juge Owen, parlant pour tous ses collègues de la Cour d'appel, déclara:

[TRADUCTION] Toutefois, après examen du dossier, je suis d'avis qu'un jury raisonnable auquel de bonnes directives ont été données aurait nécessairement conclu que l'appellant était coupable de meurtre non qualifié. Par conséquent, à mon avis, il y a lieu en l'espèce d'appliquer l'article 592(1)(b)(iii) C.Cr. A mon avis, aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produite par suite de directives insuffisantes en ce qui concerne les complices.

Avec ces vues, je suis respectueusement d'accord et me contenterai d'ajouter ce passage extrait des motifs de jugement de M. le juge en chef Sloan dans *Regina v. Pavlukoff* (1953), 106 C.C.C. 249, 17 C.R. 215, 10 W.W.R. (N.S.) 26:

[TRADUCTION] ... que l'accusé n'ait pas témoigné quand des faits l'inculpaient, c'est une question que la Cour d'appel pouvait faire entrer en ligne de compte lorsqu'il s'est agi d'appliquer l'art. 1014(2).

Pour ces motifs je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appellant: Jean R. Salois, Montréal.

Procureur de l'intimée: Ronald Schachter, Montréal.

¹¹ [1971] R.C.S. 650.

**Johanne Lafrance, Elizabeth Marsolais,
Lorraine Trudel, Richard Racine and
Charlotte Savard** *Appellants*;

and

Commercial Photo Service Inc. *Respondent*;

and

Marc Brière

and

**Canadian Union of Public Employees, Local
1819 (QFL)** *Mis en cause.*

1980: January 29; 1980: March 18.

Present: Pigeon, Dickson, Beetz, Estey and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Labour law — Dismissal for participation in an unlawful strike — Another good and sufficient reason — Jurisdiction of the investigation commissioner — Labour Code, R.S.Q. 1964, c. 141 as am., ss. 13, 14, 15, 16.

The five appellants were dismissed by respondent on February 11, 1976 for their participation in an unlawful strike. At the time they were dismissed, they were members of the mis en cause union, certified on June 18, 1975, which had since that time been attempting to negotiate an initial collective agreement. Appellants submitted complaints in accordance with s. 15 of the *Labour Code*, alleging they had been dismissed by reason of the exercise of a right conferred by the Code. The investigation commissioner found that respondent had not rebutted the presumption of s. 16, since participation in an unlawful strike could not constitute "another good and sufficient reason", and ordered appellants to be reinstated in their employment. The Labour Court rejected the reasons of the investigation commissioner but upheld the decision because it found that the recourse to massive dismissal was "premature and excessive". The writ of evocation sought by respondent from this judgment was denied by the Superior Court but allowed by the Court of Appeal. Hence the appeal to this Court.

Held: The appeal should be dismissed.

As the principle that participation in an unlawful strike may constitute good and sufficient reason for dismissal has been recognized in most of the decisions

**Johanne Lafrance, Elizabeth Marsolais,
Lorraine Trudel, Richard Racine, Charlotte
Savard** *Appellants*;

et

Commercial Photo Service Inc. *Intimée*;

et

Marc Brière

et

**Syndicat canadien de la Fonction publique,
section locale 1819 (FTQ)** *Mis en cause.*

1980: 29 janvier; 1980: 18 mars.

Présents: Les juges Pigeon, Dickson, Beetz, Estey et Chouinard.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit du travail — Congédiement pour participation à une grève illégale — Autre cause juste et suffisante — Jurisdiction du commissaire-enquêteur — Code du travail, S.R.Q. 1964, chap. 141 et mod., art. 13, 14, 15, 16.

Les cinq appelants ont été congédiés par l'intimée le 11 février 1976 pour leur participation à une grève illégale. Au moment de leur congédiement, ils étaient membres du syndicat mis en cause, accrédité le 18 juin 1975, lequel tentait depuis lors de négocier une première convention collective de travail. Les appelants soumièrent des plaintes, conformément à l'art. 15 du *Code du travail*, prétendant avoir été congédiés à cause de l'exercice d'un droit résultant du Code. Le commissaire-enquêteur conclut que l'intimée n'avait pas repoussé la présomption de l'art. 16, puisque la participation à une grève illégale ne saurait constituer «une autre cause juste et suffisante» et ordonna la réintégration des appelants dans leur emploi. Le Tribunal du travail infirma les motifs du commissaire-enquêteur mais maintint la décision en raison de ce qu'il jugea le recours au congédiement massif «prématuré et excessif». Le bref d'évocation demandé par l'intimée à l'encontre de ce jugement fut refusé par la Cour supérieure mais accordé par la Cour d'appel. D'où le pourvoi à cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Le principe que la participation à une grève illégale peut constituer une cause juste et suffisante de renvoi étant reconnu par la majorité de la jurisprudence (dont

(including that of this Court recently), it remains to determine the meaning of the phrase "another good and sufficient reason" in s. 16 and the scope of the jurisdiction of the investigation commissioner and of the Labour Court on appeal. From the outset it has been held that this phrase means that the investigation commissioner must be satisfied that the other reason relied on by the employer is of a substantial nature and not a pretext, and that it constitutes the true reason for the dismissal. Under this interpretation, it is not for the investigation commissioner to rule on the severity of the penalty as compared with the seriousness of the wrongful act in question, in other words, to substitute his judgment for that of the employer, in doing which he would be exceeding his jurisdiction. In the case at bar the Labour Court judge, by holding that the recourse to massive dismissal was premature and excessive, ruled specifically upon the severity of the penalty and in doing so exceeded his jurisdiction.

United Last Company Ltd. v. Tribunal du travail, [1973] R.D.T. 423; *United Steelworkers and Aerocide Dispensers Ltd.* (1965), 16 L.A.C. 57, referred to; *Douglas Aircraft Company of Canada Ltd. v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245, applied; *Maresq et Brown Bovari (Canada) Ltd.*, [1963] R.D.T. 242; *L'Industrielle, Compagnie d'assurance sur la vie v. Nadeau*, [1978] T.T. 175; *Aluminum Company of Canada Ltd. v. Le Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida Inc.*, [1966] Que. Q.B. 641, referred to; *Roger Vandal v. Ambulance "Paul Georges Godin Ltée" Ambulancia/Ouest-Montréal Ltée*, [1976] T.T. 141, disapproved.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec¹, reversing a judgment of the Superior Court which refused to issue a writ of evocation from a judgment of a Labour Court² upholding a decision by an investigation commissioner. Appeal dismissed.

Gaston Gamache, Q.C., for the appellants.

Robert Skelly and *Danièle Béliveau*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—This appeal, in which five appeals are joined by consent, deals with the interpretation of ss. 14 and 16 of the Quebec *Labour*

par cette Cour récemment), il reste à déterminer le sens de l'expression «autre cause juste et suffisante» à l'art. 16 et l'étendue de la juridiction du commissaire-enquêteur ainsi que du Tribunal du travail en appel. Dès le début il a été jugé que cette expression signifie que le commissaire-enquêteur doit être satisfait que l'autre cause invoquée par l'employeur est une cause sérieuse, par opposition à un prétexte, et qu'elle constitue la cause véritable du congédiement. Suivant cette interprétation il n'appartient pas au commissaire-enquêteur de se prononcer sur la rigueur de la sanction eu égard à la gravité de la faute reprochée, en d'autres termes de substituer son jugement à celui de l'employeur, ce en quoi il excéderait sa juridiction. En l'espèce le juge du Tribunal du travail en décidant que le recours au congédiement massif était prématuré et excessif s'est précisément prononcé sur la rigueur de la sanction et en ce faisant il a excédé sa juridiction.

Jurisprudence: *United Last Company Ltd. c. Tribunal du travail*, [1973] R.D.T. 423; *United Steelworkers and Aerocide Dispensers Ltd.* (1965), 16 L.A.C. 57; *Douglas Aircraft Company of Canada Ltd. c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245 (arrêt appliqué); *Maresq et Brown Bovari (Canada) Ltd.*, [1963] R.D.T. 242; *L'Industrielle, Compagnie d'assurance sur la vie c. Nadeau*, [1978] T.T. 175; *Aluminum Company of Canada Ltd. c. Le Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida Inc.*, [1966] B.R. 641; *Roger Vandal c. Ambulance «Paul Georges Godin Ltée» Ambulancia/Ouest-Montréal Ltée*, [1976] T.T. 141 (jugement désapprouvé).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹ infirmant un jugement de la Cour supérieure qui avait refusé d'émettre un bref d'évocation à l'encontre d'un jugement du Tribunal du travail² maintenant une décision d'un commissaire-enquêteur. Pourvoi rejeté.

Gaston Gamache, c.r., pour les appelants.

Robert Skelly et *Danièle Béliveau*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—Ce pourvoi qui de contentement en réunit cinq, porte sur l'interprétation des art. 14 et 16 du *Code du travail* du Québec,

¹ [1978] C.A. 416.

² [1978] T.T. 8.

¹ [1978] C.A. 416.

² [1978] T.T. 8.

Code, R.S.Q. 1964, c. 141, more specifically, with the meaning of the phrase "another good and sufficient reason" in s. 16, and with the jurisdiction of the investigation commissioner and the Labour Court in this regard.

Sections 13 to 16 read as follows:

13. No employer, or person acting for an employer or an employers' association, shall refuse to employ any person because such a person is a member or officer of an association, or endeavour by intimidation, threat of dismissal or other threat, or by the imposition of a penalty or by any other means, to compel an employee to abstain from becoming or to cease being a member or an officer of an association of employees.

This section shall not have the effect of preventing an employer from suspending, dismissing or transferring an employee for a good and sufficient reason, proof whereof shall devolve upon the said employer.

14. When an employee is dismissed, suspended or transferred by the employer or his agent, because of the exercise by such employee of a right granted to him by this code, the investigation commissioner may order the employer to reinstate such employee in his employ, within eight days of the service of the decision, with all his rights and privileges, and to pay him, as an indemnity, the equivalent of the salary and other advantages of which he was deprived by the dismissal, suspension or transfer.

If the employee has worked elsewhere during the above mentioned period, the salary which he so earned shall be deducted from such indemnity.

15. An employee who believes that he has been illegally dismissed, suspended or transferred by reason of the exercise of a right which devolves on him under this code must, if he wishes to take advantage of section 14, present or mail his complaint in writing to the chief investigation commissioner within fifteen days of the dismissal, suspension or transfer. The chief investigation commissioner shall appoint an investigation commissioner to make an investigation and decide as to the complaint.

16. If it is shown to the satisfaction of the investigation commissioner seized of the matter that the employee exercises a right accorded to him by this code, there shall be a presumption in his favour that he was dismissed, suspended or transferred because he exercised such right, and the burden of proof that the employee was dismissed, suspended or transferred for another good and sufficient reason shall be upon the employer.

S.R.Q. 1964. chap. 141, et de façon plus particulière sur le sens de l'expression «autre cause juste et suffisante» contenue dans l'art. 16 ainsi que sur la juridiction du commissaire-enquêteur et du Tribunal du travail à cet égard.

Les articles 13 à 16 se lisent comme suit:

13. Aucun employeur, ni aucune personne agissant pour un employeur ou une association d'employeur ne doit refuser d'employer une personne parce qu'elle est membre ou officier d'une association, ni chercher par intimidation, menace de renvoi ou autre menace, ou par l'imposition d'une peine ou par quelque autre moyen, à contraindre un salarié à s'abstenir de devenir membre ou officier ou à cesser d'être membre ou officier d'une association de salariés.

Le présent article n'a pas pour effet d'empêcher un employeur de suspendre, congédier ou déplacer un salarié pour une cause juste et suffisante dont la preuve lui incombe.

14. Lorsqu'un salarié est congédié, suspendu ou déplacé par l'employeur ou son agent à cause de l'exercice par ce salarié d'un droit qui lui résulte du présent code, le commissaire-enquêteur peut ordonner à l'employeur de réintégrer, dans les huit jours de la signification de la décision, ce salarié dans son emploi avec tous ses droits et privilèges, et de lui payer, à titre d'indemnité, l'équivalent du salaire et des autres avantages dont l'a privé le congédiement, la suspension ou le déplacement.

Si le salarié a travaillé ailleurs au cours de la période précitée, le salaire qu'il a ainsi gagné doit être déduit de cette indemnité.

15. Le salarié qui croit avoir été illégalement congédié, suspendu ou déplacé à cause de l'exercice d'un droit lui résultant du présent code, doit, s'il désire se prévaloir des dispositions de l'article 14, soumettre sa plainte par écrit au commissaire-enquêteur en chef dans les quinze jours du congédiement, de la suspension ou du déplacement, ou la mettre à la poste à l'adresse du commissaire-enquêteur en chef dans ce délai. Ce dernier désigne un commissaire-enquêteur pour faire enquête et disposer de la plainte.

16. S'il est établi à la satisfaction du commissaire-enquêteur saisi de l'affaire que le salarié exerce un droit lui résultant du présent code, il y a présomption en sa faveur qu'il a été congédié, suspendu ou déplacé à cause de l'exercice de ce droit, et il incombe à l'employeur de prouver que le salarié a été congédié, suspendu ou déplacé pour une autre cause juste et suffisante.

Appellants were employed by respondent which on February 11, 1976 dismissed them because of their having taken part in an unlawful strike, and sent them the following telegram:

[TRANSLATION] TELEGRAM

YOUR PARTICIPATION IN THE PRESENT WORK STOPPAGE IS IN BREACH OF THE LABOUR CODE. FOR THIS REASON, YOUR EMPLOYMENT WITH THE COMPANY IS TERMINATED AT THE TIME AND ON THE DATE YOU CEASED TO PROVIDE YOUR SERVICES TO THE COMPANY.

SIGNED: M. Ship,
Director General,
Commercial Photo Service,
90 Beaubien W.,
Montreal, Quebec

Appellants were members of the mis en cause union, certified on June 18, 1975, which in the words of the Labour Court judge had since that time been [TRANSLATION] "negotiating or attempting to negotiate an initial collective agreement".

The negotiations were marked by several difficulties, including the dismissal of the president and a member of the union executive.

Additionally, the unlawful strike mentioned in the telegram was the sixth since the negotiations commenced.

The first of these work stoppages was settled by the signature of a "return to work agreement", stating *inter alia* that:

[TRANSLATION] In view of the foregoing there shall not be any unlawful strike, stoppage, slowing down or reduction of production, interference of any kind with production or picketing until the right to strike is legally acquired in accordance with the provisions of the *Labour Code*.

Respondent alleged that, after the fifth unlawful strike on January 29, it warned the union representative and the employees involved [TRANSLATION] "that it would not tolerate another unlawful strike, and warned the respondents that it would terminate their contracts of employment if this occurred".

Les appelants étaient à l'emploi de l'intimée qui, le 11 février 1976, les congédia à cause de leur participation à une grève illégale, en leur adressant le télégramme suivant:

TELEGRAMME

VOTRE PARTICIPATION AU PRESENT ARRET DE TRAVAIL EST CONTRAIRE AU CODE DU TRAVAIL. POUR CETTE RAISON, VOTRE EMPLOI AVEC LA COMPAGNIE EST TERMINE A L'HEURE ET A LA DATE OU VOUS N'AVEZ PAS CONTINUE A FOURNIR VOS SERVICES A LA COMPAGNIE.

SIGNE: M. Ship,
Directeur général,
Commercial Photo Service,
90 Beaubien W.,
Montréal, Québec

Les appelants étaient membres du syndicat mis en cause accrédité le 18 juin 1975 qui depuis lors, suivant l'expression du juge du Tribunal du travail, «négociait ou tentait de négocier une première convention collective de travail.»

Les négociations furent marquées de plusieurs difficultés dont le congédiement du président et d'un membre de l'exécutif du syndicat.

Par ailleurs la grève illégale mentionnée dans le télégramme était la sixième depuis le début des négociations.

Le premier de ces arrêts de travail fut réglé par la signature d'une «Entente de retour au travail» portant notamment que:

Vu ce qui précède, il n'y aura ni grève illégale, ni arrêt, ni ralentissement ou diminution de production, ni interférence quelconque avec la production et ni piquetage jusqu'à ce que le droit à la grève soit légalement acquis conformément aux dispositions du Code du Travail.

L'intimée allègue qu'à la suite de la cinquième grève illégale survenue le 29 janvier elle avertissait le représentant du syndicat et les employés impliqués «qu'elle ne tolérerait plus de grève illégale et avertissait les intimés qu'elle mettrait fin à leur contrat d'emploi si ceci se produisait.»

Following their dismissal, appellants submitted complaints in accordance with s. 15 of the *Labour Code*.

The investigation commissioner found in favour of appellants and ordered that they be reinstated in their employment. On appeal the Labour Court upheld this decision, although for different reasons.

The Superior Court refused to issue a writ of evocation, but this was authorized by the Court of Appeal: hence the appeal.

Provisions comparable to ss. 14, 15 and 16 were first introduced in the *Labour Relations Act* in 1959 (8-9 Eliz. II, c. 8, s. 1), and were then re-enacted in the *Labour Code* when it was adopted on July 31, 1964.

In *United Last Company Ltd. v. Tribunal du travail*³, Gagnon J., speaking for the Court of Appeal, made the following observations at pp. 433 to 436 on the purpose and scope of these sections:

[TRANSLATION] It should be borne in mind that ss. 14, 15 and 16 of the *Labour Code* apply to all employees who are "dismissed" because of their exercising a right conferred on them by the Code. It is clear that they are not limited to those who are protected by a collective agreement and who may accordingly benefit under that agreement and the law from a certain measure of security of employment, like special procedures for presenting their grievances. The remedy created by these sections is complete in itself.

Apart from the fact that this interpretation is the only one made possible by the wording of the provisions, we know from experience, and the legislator knew, that disputes of this kind often arise during union organizing campaigns, and thus before a collective agreement has been negotiated and signed. It is only being realistic to recognize, without any partiality, that this is a particularly crucial stage in the life of a union, one in which even an enlightened and socially motivated employer cannot easily remain aloof. The legislator was concerned, especially at this stage, to protect exercise of the right of association, to guarantee that legitimate union activities can be carried on, and at the same time to avoid disrupting a nascent bargaining unit which at a later stage may be the subject of certification. To do

³ [1973] R.D.T. 423.

Suite à leur congédiement les appelants soumettent des plaintes conformément à l'art. 15 du *Code du travail*.

Le commissaire-enquêteur conclut en faveur des appelants et ordonna leur réintégration dans leur emploi. En appel le Tribunal du travail maintint cette décision bien que pour des motifs différents.

La Cour supérieure refusa l'émission d'un bref d'évocation qui fut toutefois autorisée par la Cour d'appel, d'où le pourvoi.

Des dispositions analogues aux art. 14, 15 et 16 ont d'abord été introduites dans la *Loi des relations ouvrières* en 1959 (8-9 Eliz. II, chap. 8, art. 1) avant d'être édictées de nouveau dans le *Code du travail* lors de son adoption le 31 juillet 1964.

Dans *United Last Company Ltd. c. Tribunal du travail*³, le juge Gagnon, parlant au nom de la Cour d'appel, faisait les observations suivantes aux pp. 433 à 436 sur l'objet et la portée de ces articles:

Il faut bien noter que les articles 14, 15 et 16 du *Code du travail* s'appliquent à tous les salariés qui sont «congédiés» à cause de l'exercice d'un droit que leur reconnaît le Code. Il est clair qu'ils ne se limitent pas à ceux qui jouissent de la protection d'une convention collective de travail et qui, ainsi, peuvent bénéficier par l'effet de la convention et de la loi d'une certaine sécurité d'emploi, comme des moyens particuliers de faire valoir leurs griefs. Le recours que crée ces articles est complet par lui-même.

Outre que cette interprétation soit la seule que permet le texte des dispositions, on sait par expérience, et le législateur savait, que c'est très souvent à l'occasion de campagnes d'organisation syndicale, donc, avant qu'une convention collective de travail ne soit négociée et signée, que des litiges de ce genre surgissent. Il faut être assez réaliste pour constater, sans aucun parti pris, qu'il s'agit là d'une étape particulièrement cruciale dans la vie d'un syndicat et dont un employeur, même l'employeur éclairé et socialement motivé, ne se désintéresse pas facilement. Le législateur a voulu, particulièrement à cette étape, protéger l'exercice du droit d'association, assurer l'exercice des activités syndicales légitimes, en même temps qu'éviter la perturbation d'une unité de négociation en voie de formation et susceptible à un

³ [1973] R.D.T. 423.

this, he enacted provisions which are a clear departure from the ordinary law.

In general, apart from certain special statutes, a non-unionized employee must look to the *Civil Code* for a guarantee of his security of employment. Of course, he may be dismissed for cause, without notice and without compensation. In any other case, however, and if his contract of employment does not provide otherwise, his employer may terminate a contract of service by prior notice, the time of which may be quite short. If the prescribed notice is given the contract ceases, and the worker has no contractual remedy in connection with his dismissal.

This is where ss. 14, 15 and 16 L.C. come in. If it is established to the satisfaction of the investigation commissioner that an employee is exercising a right which devolves on him under the *Labour Code*, the presumption of s. 16 applies. From then on, the Act imposes a heavy burden on the employer. Thus, he may not take refuge behind the *Civil Code* and justify his employee's dismissal by saying, for example, that the latter was hired for an undetermined period, that he was paid by the week, and that he received a week's notice. He will have to establish a good and sufficient reason for the dismissal. It can thus be seen that these provisions go beyond the boundaries of the individual contract of employment and give an employee dismissed for union activities security of employment which does not derive from the *Civil Code*, and which even makes certain provisions of that Code inapplicable.

The terms "dismissed" and "dismissal" must therefore be given a wide enough interpretation so that the intention of the legislator is not frustrated, and, in my opinion, one which covers all forms of termination of employment prompted by union activities.

As I have tried to show, the fact that the legislator intended to subject these situations to a special scheme emerges from the burden of proof which he has placed on the employer. This becomes even more apparent when one considers the penalty which he has attached to the acts which ss. 14, 15 and 16 are designed to prevent.

The investigation commissioner may order the employer to reinstate the employee in his position. He may apply these provisions, I repeat, in all cases, even where the employee may not, under his contract of employment, have any right to claim that he be rehired. The *Labour Code* thus confers on an employee to whom these sections apply a special right to his position.

Further, the investigation commissioner may order payment to the employee of the salary and other benefits which he lost through his "dismissal".

stade ultérieur d'être l'objet d'une accréditation. Pour ce faire, il a édicté des dispositions qui sont tout à fait exorbitantes de droit commun.

C'est, de façon générale et sauf certaines lois particulières, dans le *Code civil* que l'employé non-syndiqué doit rechercher sa sécurité d'emploi. Bien sûr, il peut être renvoyé pour cause, sans avis et sans indemnité. Mais, en dehors de ce cas et si son contrat de travail n'y pourvoit pas autrement, son employeur peut mettre fin au contrat de louage de services par un préavis dont le délai pourra être assez court. Si l'avis prescrit est donné, le contrat cesse et l'ouvrier n'a pas de recours contractuel à l'égard de son renvoi.

C'est ici qu'interviennent les articles 14, 15 et 16 *C.l.* S'il est établi à la satisfaction du commissaire-enquêteur que le salarié exerce un droit qui lui résulte du *Code du travail*, la présomption de l'article 16 entre en jeu. A partir de ce moment, la loi impose un lourd fardeau à l'employeur. Ainsi, il ne pourra se retrancher derrière le *Code civil* et justifier le renvoi de son employé en disant, pour exemple, que ce dernier avait été engagé pour une période indéterminée, qu'il était payé à la semaine et qu'il a reçu l'avis d'une semaine. Il devra prouver une cause juste et suffisante de renvoi. On voit donc que ces dispositions débordent les cadres du contrat individuel de travail et qu'elles accordent au salarié congédié pour activités syndicales une sécurité d'emploi qui ne trouve pas sa source dans le *Code civil* et qui en rendent même certaines dispositions inapplicables.

Les termes «congédié» et «congédiement» doivent donc recevoir une interprétation assez large pour que ne soit pas frustrée l'intention du législateur et qui, à mon avis, devrait couvrir toutes les formes de terminaisons d'emploi motivées par des activités syndicales.

Que le législateur ait voulu assujettir ces situations à un régime particulier, cela ressort, comme j'ai tenté de le démontrer, du fardeau de la preuve qu'il a imposé à l'employeur. Cela devient encore plus évident lorsque l'on considère la sanction dont il a frappé les actes que les articles 14, 15 et 16 veulent réprimer.

Le commissaire-enquêteur peut ordonner à l'employeur de réintégrer le salarié dans son emploi. Il peut appliquer ces dispositions, je le répète, dans tous les cas, même dans le cas où l'employé n'aurait aucun droit, en vertu de son contrat de travail, de réclamer son réengagement. Le *Code du travail* confère donc au salarié visé par ces articles un droit spécial à son emploi.

En outre, le commissaire-enquêteur peut ordonner le paiement au salarié du salaire et des autres avantages dont son «congédiement» l'a privé.

The provision states that the payment is made as an indemnity. It is to some extent a penalty imposed on account of the unlawful act committed, which goes much further, in spite of what might appear at first sight, than simply putting the parties back into the legal situation they were in before the dismissal. In this regard, I would say that ss. 14, 15 and 16 create a new legal situation between the employer and the employee, that they modify the individual contract of employment and that they give the employee new rights, independently of the *Civil Code* and even of any collective agreement.

Once it has been established that an employee is exercising a right conferred on him by the *Labour Code*, s. 16 creates a presumption in his favour that he was dismissed because he exercised this right.

In view of appellants' membership in the union, the certification of the latter and the negotiations undertaken the investigation commissioner held that the presumption had arisen in appellants' favour. That is not in dispute.

In order to rebut this presumption, the employer has the burden of establishing that the employee was dismissed for "another good and sufficient reason".

The investigation commissioner wrote that [TRANSLATION] "respondent dismissed applicant for having participated in an unlawful work stoppage along with several other employees".

At a later point he stated:

[TRANSLATION] In his testimony Mr. Moe Ship, director general, stated that the unlawful work stoppage mentioned in the telegram was the reason for the dismissal.

No other reason was given for dismissing applicant.

In concluding that in these circumstances respondent had not rebutted the presumption of s. 16, the investigation commissioner adopted the opinion expressed by Geoffroy C.J. of the Labour Court in *Roger Vandal v. Ambulance "Paul Georges Godin Ltée" Ambulancia/Ouest-Mont-réal Ltée*⁴, to the effect that s. 98 of the *Labour*

⁴ [1976] T.T. 141.

Le texte précise qu'il s'agit d'un paiement à titre d'indemnité. C'est en quelque sorte une pénalité imposée à raison de l'acte illégal posé et qui va beaucoup plus loin, malgré les apparences premières, que simplement replacer les parties dans la situation juridique dans laquelle elles se trouvaient avant le congédiement. Sous cet aspect, je dirais que les articles 14, 15 et 16 créent entre l'employeur et le salarié une nouvelle situation juridique, qu'ils modifient le contrat individuel de travail et qu'ils donnent au salarié de nouveaux droits, indépendamment du *Code civil* et même de toute convention collective de travail.

Lorsqu'il a été établi que le salarié exerce un droit lui résultant du *Code du travail*, l'art. 16 crée donc une présomption en sa faveur qu'il a été congédié à cause de l'exercice de ce droit.

Vu l'appartenance des appelants au syndicat, l'accréditation de celui-ci et les négociations entreprises le commissaire-enquêteur a tenu que la présomption était née en faveur des appelants. Ceci n'est pas contesté.

Pour repousser cette présomption l'employeur a le fardeau de prouver que le salarié a été congédié pour une «autre cause juste et suffisante».

Le commissaire-enquêteur écrit que «l'intimée a congédié la requérante pour avoir participé avec plusieurs autres salariés à un arrêt de travail illégal.»

Plus loin il expose ce qui suit:

Lors de son témoignage, Monsieur Moe Ship, directeur général, a déclaré que l'arrêt illégal de travail, mentionné dans le télégramme était la raison du congédiement.

Aucun autre motif n'a été donné pour congédier la requérante.

Pour conclure que dans ces circonstances l'intimée n'a pas repoussé la présomption de l'art. 16, le commissaire-enquêteur fait sienne l'opinion exprimée par le juge en chef Geoffroy du Tribunal du travail dans *Roger Vandal c. Ambulance "Paul Georges Godin Ltée" Ambulancia/Ouest-Mont-réal Ltée*⁴, à l'effet que l'art. 98 du *Code du*

⁴ [1976] T.T. 141.

Code divests an employer of the right to dismiss an employee on the ground that he participated in a strike, even though an unlawful one. Accordingly, participation in an unlawful strike would not constitute "another good and sufficient reason".

The first paragraph of s. 98 reads as follows:

98. No person shall cease to be an employee for the sole reason that he has ceased to work in consequence of a strike or lock-out.

In *Vandal*, Geoffroy C.J. wrote, at p. 142:

[TRANSLATION] It should be noted that the wording of s. 98 of the *Labour Code* makes no distinction between a strike which may be described as "legal" and any other strike. The definition of the term "strike" in s. 1(h) of the *Code* also does not contain any reference to the lawful or unlawful nature of the strike.

Subsequently, at pp. 144 and 145, he writes:

[TRANSLATION] The Court cannot make a provision of the law inoperative or act as though it did not exist. Section 98 of the *Code*, by maintaining the legal validity of the employer-employee relationship when, as the result of a strike, the employee ceases to work, divests an employer of the right to dismiss an employee solely for that reason. If, despite the Act, he does so, he commits an illegal act. The grounds for this dismissal cannot be a good and sufficient reason. They are *ab initio* void and inadmissible. An employee's failure to provide the benefit of his services as a result of this strike, since it cannot be alleged against him under the Act, cannot constitute a reason for dismissal. Otherwise it would amount to saying that s. 98 of the *Labour Code* did not exist.

Brière J. of the Labour Court made a thoroughly documented analysis of this point in reversing the reasons given by the investigation commissioner. The Court of Appeal unanimously held that it concurred with the Labour Court judge on the point.

It does not appear necessary to me to review the analysis made by the Labour Court judge in disposing of this argument, which was reiterated to this Court by counsel for the appellants. However, it may be worth reproducing this passage cited by the Labour Court judge from a unanimous arbitral award made in 1965 under the aegis of Professor Bora Laskin, now Chief Justice of Canada, in

travail enlève à un employeur le droit de congédier un employé pour le motif qu'il a participé à une grève même illégale. Ainsi la participation à une grève illégale ne saurait constituer «une autre cause juste et suffisante.»

Le premier alinéa de l'art. 98 se lit comme suit:

98. Personne ne cesse d'être un salarié pour l'unique raison qu'il a cessé de travailler par suite de grève ou lock-out.

Dans l'affaire *Vandal* le juge en chef Geoffroy écrit à la p. 142:

Il est à noter que le texte de l'article 98 du Code du travail ne fait aucune distinction entre une grève qui pourrait être dite «légale» et les autres. La définition du terme «grève» à l'article 1h) du code, ne comporte non plus aucune référence au caractère licite ou illicite de la grève.

Et plus loin il écrit aux pp. 144 et 145:

On ne peut rendre inopérante une disposition de la loi ou agir comme si elle n'existait pas. L'article 98 du code, en maintenant en vigueur la relation juridique employeur-salarié lorsque ce dernier, par suite d'une grève, cesse de travailler, enlève à un employeur le droit de congédier un salarié pour cette seule et unique raison. Si en dépit de la loi, il le fait, il commet un acte illégal. Le motif de ce congédiement ne peut être une cause «juste et suffisante». Elle est «*ab initio*» nulle et irrecevable. Le défaut par le salarié de fournir sa prestation de travail, par suite d'une grève, ne pouvant lui être imputé, de par la loi, ne peut constituer une cause de congédiement. Sinon, autant dire que l'article 98 du *Code du travail* n'existe pas.

Le juge Brière du Tribunal du travail fait une étude fort documentée de cette question pour infirmer le commissaire-enquêteur quant aux motifs. La Cour d'appel se prononce unanimement du même avis que le juge du Tribunal du travail sur ce point.

Il ne me paraît pas nécessaire de revoir l'étude faite par le juge du Tribunal du travail qui dispose de ce moyen repris devant nous par le procureur des appelants. Il peut être utile cependant de reproduire ce passage cité par le juge du Tribunal du travail, d'une sentence arbitrale unanime rendue en 1965 sous la présidence du professeur Bora Laskin, aujourd'hui juge en chef du Canada,

*United Steelworkers and Aerocide Dispensers Ltd.*⁵:

As an abstract proposition, if participation in an unlawful strike and picketing is not cause for discharge there can hardly be any dereliction of duty to an employer in respect of service that would be.

The principle that participation in an unlawful strike may constitute good and sufficient reason for dismissal has also been recognized by this Court in *Douglas Aircraft Company of Canada Ltd. v. McConnell*⁶.

It remains for the Court to resolve the principal question raised by this appeal, namely the meaning of the phrase "another good and sufficient reason" in s. 16 and the scope of the jurisdiction of the investigation commissioner and of the Labour Court on appeal.

From the outset it has been held that this phrase means that the investigation commissioner must be satisfied that the other reason relied on by the employer is of a substantial nature and not a pretext, and that it constitutes the true reason for the dismissal.

Under this interpretation, it is not for the investigation commissioner to rule on the severity of the penalty as compared with the seriousness of the wrongful act in question, in other words, to substitute his judgment for that of the employer, in doing which he would be exceeding his jurisdiction.

Alan B. Gold C.J. of the Provincial Court, then vice-chairman of the Labour Relations Board, wrote in *Maresq et Brown Bovari (Canada) Ltd.*⁷, at p. 246:

... Thus, in order to decide whether or not the Act has been violated, we must, of necessity, consider the reason indicated by the employer for discharging his employee but our consideration must be solely directed to determine if this reason is the real and determining reason—the *causa causans* of the dismissal—or only a simulated reason given to mask the real reason, which is the employee's trade union activity and which has brought about the employer's displeasure. It is not for us to sit as

⁵ (1965) 16 L.A.C. 57.

⁶ [1980] 1 S.C.R. 245.

⁷ [1963] R.D.T. 242.

dans *United Steelworkers and Aerocide Dispensers Ltd.*⁵:

[TRADUCTION] En théorie, si la participation à une grève et à un piquetage illégaux n'est pas une cause de congédiement il n'y a guère de manquements au devoir envers un employeur qui le seraient.

Le principe que la participation à une grève illégale peut constituer une cause juste et suffisante de renvoi est aussi reconnu par cette Cour dans *Douglas Aircraft Company of Canada Ltd. c. McConnell*⁶.

Il reste à déterminer la question principale soulevée par ce pourvoi soit le sens de l'expression «autre cause juste et suffisante» à l'art. 16 et l'étendue de la juridiction du commissaire-enquêteur ainsi que du Tribunal du travail en appel.

Dès le début il a été jugé que cette expression signifie que le commissaire-enquêteur doit être satisfait que l'autre cause invoquée par l'employeur est une cause sérieuse, par opposition à un prétexte, et qu'elle constitue la cause véritable du congédiement.

Suivant cette interprétation il n'appartient pas au commissaire-enquêteur de se prononcer sur la rigueur de la sanction eu égard à la gravité de la faute reprochée, en d'autres termes de substituer son jugement à celui de l'employeur, ce en quoi il excéderait sa juridiction.

Le juge en chef Alan B. Gold de la Cour provinciale, alors vice-président de la Commission des relations ouvrières, écrit dans *Maresq et Brown Bovari (Canada) Ltd.*⁷, à la p. 246:

[TRADUCTION] ... Ainsi, afin de décider s'il y a eu ou non violation de la Loi, nous devons, nécessairement, examiner la raison invoquée par l'employeur pour congédier son employé, mais notre examen doit uniquement viser à déterminer si cette raison est la raison véritable et déterminante—la *causa causans* du congédiement—ou un simple prétexte pour camoufler la raison réelle, soit les activités syndicales de l'employé qui ont suscité le mécontentement de l'employeur. Il ne nous appartient

⁵ (1965), 16 L.A.C. 57.

⁶ [1980] 1 R.C.S. 245.

⁷ [1963] R.D.T. 242.

a board of review upon the employer's decision other than to decide the sincerity of his action.

Since then several decisions have been handed down by the Labour Court, all along the same lines except for that now before the Court.

In *L'Industrielle, Compagnie d'assurance sur la vie v. Nadeau*⁸, Louis Morin J. wrote, at p. 179 of his reasons:

[TRANSLATION] From the time of this decision, all subsequent judgments are similar, not in deciding that the words "good and sufficient" are superfluous, but in the fact that once the employer establishes that the reason for the dismissal which he has alleged is good and sufficient to satisfy the judge that it is the true reason, the *causa causans* and not a pretext, he shifts the presumption of s. 16.

This is the interpretation that the Court of Appeal has adopted in the case at bar. It is also the one adopted in *Hilton Quebec Limited v. Labour Court et al.*⁹, a decision which this Court affirmed concurrently with this case.

Just recently as well, on January 14, 1980, in *Société des Hôtels Méridien Canada Limitée v. Le Tribunal du Travail et al.*¹⁰, an unpublished decision, Mayrand J. wrote:

[TRANSLATION] The judge accordingly did not simply find that the dismissal occurred for a reason other than the employee's union activities. He felt that it was his duty to order the employee reinstated when the latter's fault was not serious enough to warrant a penalty as severe as dismissal.

This approach is directly at variance with the consistent findings of the Labour Court. According to these authorities, it is not for the Commissioner and the Labour Court to rule on the wisdom and the appropriateness of the penalty imposed, once they have determined that a real and serious reason exists for the dismissal, and that it is not merely a pretext to camouflage a dismissal for union activities.

Similarly, in *Aluminum Company of Canada Limited v. Le Syndicat national des employés de*

⁸ [1978] T.T. 175.

⁹ C.A.Q. 200-09-000312-782.

¹⁰ C.A.M. 500-09-000292-797.

pas de siéger comme tribunal d'appel sur la décision de l'employeur sauf pour décider de la sincérité de son action.

Depuis, de nombreuses décisions ont été rendues par le Tribunal du travail, toutes dans le même sens sauf celle qui fait l'objet du présent litige.

Dans *L'Industrielle, Compagnie d'assurance sur la vie c. Nadeau*⁸, le juge Louis Morin écrit à la p. 179 de ses motifs:

A partir de cette décision, tous les jugements suivants se ressemblent, non pas en décidant que les mots «juste et suffisant» sont superflus, mais en ce que dès que l'employeur prouve que la cause du congédiement qu'il allègue est juste et suffisante pour satisfaire le juge que c'est la vraie cause, la *causa causans* et non un prétexte, il renverse la présomption de l'article 16.

C'est l'interprétation que la Cour d'appel adopte dans la présente cause. C'est celle qu'elle adopte également dans *Hilton Québec Limitée c. Tribunal du travail et al.*⁹, arrêt que cette Cour confirme en même temps que celui-ci.

Et encore tout récemment, le 14 janvier 1980, dans *Société des Hôtels Méridien Canada Limitée c. Le Tribunal du Travail et al.*¹⁰, arrêt inédit, le juge Mayrand écrit:

Le juge ne se contente donc pas de constater que le congédiement a eu lieu pour une cause autre que les activités syndicales du salarié. Il se croit autorisé à ordonner la réintégration du salarié quand la faute de ce dernier n'était pas assez grave pour justifier une sanction aussi sévère qu'un congédiement.

Cette façon de voir va nettement à l'encontre de la jurisprudence constante du Tribunal du travail. Selon cette jurisprudence, le Commissaire et le Tribunal du travail n'ont pas à se prononcer sur la sagesse et l'opportunité de la sanction imposée, du moment qu'ils ont constaté l'existence d'une cause réelle et sérieuse de congédiement, qui n'est pas un simple prétexte pour camoufler un congédiement pour activités syndicales.

De même dans *Aluminum Company of Canada Limited c. Le Syndicat national des employés de*

⁸ [1978] T.T. 175.

⁹ C.A.Q. 200-09-000312-782.

¹⁰ C.A.M. 500-09-000292-797.

*l'aluminium d'Arvida Inc.*¹¹, Brossard J. wrote on behalf of the Court of Appeal, at pp. 651 and 652:

[TRANSLATION] Any arbitration officer who, contrary to the provisions of a valid collective agreement, assumes the power to substitute his discretion for that which the agreement confers exclusively on the employer exceeds his functions, and acts without jurisdiction and unlawfully; "equity and good conscience" definitely do not confer on him a right to contravene a legislative provision or the terms of a valid agreement which is law so far as he is concerned; a decision which he makes in such circumstances is tainted by absolute nullity; it is ineffectual.

For my part, I am unable to agree that, apart from the case of malice and of proof of an action taken without cause, the power to dismiss for cause reserved exclusively to an employer cannot be limited other than by a formal, precise and certain provision of a statute or an agreement, which does not exist in the case at bar. Once a reason for the dismissal has been duly established, the employer is entitled to dismiss or not to dismiss; in the case at bar, the arbitration officers found that there was a reason for dismissal; their judgment should have stopped at that point; any further finding was beyond their jurisdiction.

For the same reasons, in my view these principles must be applied to ss. 14 and 16 of the *Labour Code*, and in the absence of any provision giving him such a power, the investigation commissioner may not substitute his judgment for that of the employer. The same is true for the Labour Court sitting in appeal from the decision of an investigation commissioner.

Counsel did not cite any decision of this Court which is directly relevant, and I know of none.

In the case at bar, the Labour Court judge departed from the established precedents.

In particular, he wrote:

[TRANSLATION] . . . As only a serious fault attributable to the employee individually can justify the loss of all his rights in the business: there is no greater penalty for a worker than the loss of his position.

*l'aluminium d'Arvida Inc.*¹¹, le juge Brossard écrivait au nom de la Cour d'appel, aux pp. 651 et 652:

Tout arbitre qui, contrairement aux stipulations d'une convention collective valide, s'arroge le pouvoir de substituer sa discrétion à celle que la convention reconnaît exclusivement à l'employeur outrepassé ses fonctions, agit sans juridiction et illégalement; «l'équité et la bonne conscience» ne lui confèrent assurément pas le droit de violer un texte de loi ou les termes d'une convention valide qui fait loi quant à lui; la décision qu'il rend dans de telles circonstances est entachée de nullité absolue; elle est sans effet.

Je ne puis, pour ma part, accepter que, sauf le cas de malice et celui de la preuve d'absence de cause, le pouvoir de congédier pour cause exclusivement réservé à un employeur ne peut être restreint autrement que par un texte formel, précis et certain d'une loi ou d'une convention, ce qui n'existe pas dans le cas actuel. Du moment qu'il y a cause dûment établie de congédiement, l'employeur a droit de congédier ou de ne pas congédier; dans le cas actuel, les arbitres ont trouvé qu'il y avait cause à congédiement; là eût dû s'arrêter leur jugement; toute autre conclusion dépassait leur compétence.

Pour les mêmes motifs ces principes doivent à mon sens s'appliquer aux art. 14 et 16 du *Code du travail* et, en l'absence d'une disposition qui le lui attribue, le commissaire-enquêteur n'a pas le pouvoir de substituer son jugement à celui de l'employeur. Il en va de même pour le Tribunal du travail siégeant en appel de la décision du commissaire-enquêteur.

Les procureurs ne nous ont cité et je ne connais aucune décision de cette Cour qui soit directement pertinente.

Le juge du Tribunal du travail en l'espèce s'est écarté de la jurisprudence constante.

Il écrit notamment:

. . . Car seule la faute lourde imputable au salarié individuellement peut justifier la perte de tous ses droits dans l'entreprise: il n'y a pas de sanction plus grave pour un travailleur que la perte de son emploi.

¹¹ [1966] Que. Q.B. 641.

¹¹ [1966] B.R. 641.

It is the objective circumstances of the participation by an employee in a strike and the circumstances of the strike itself that will determine the seriousness of his fault and any possible conclusion that it constitutes a good and sufficient reason for dismissal.

Appellant had demonstrated a certain amount of patience with regard to earlier labour stoppages [six in eight months]; one can therefore hardly conclude that it used this pretext to dismiss its personnel, with the actual purpose of ensuring that its business would not be subject to a collective agreement. However, the fact remains that after lengthy and difficult negotiations the employer finally broke off all negotiations, contrary to the Act, which required it to negotiate diligently and in good faith (s. 41).

The employees responded to the employer's unlawful act with an unlawful strike. Both parties were to blame. It would therefore be unfair to hold the employees solely responsible for this situation. The wrongful behaviour of the employees was prompted by the wrongful behaviour of the employer; in such circumstances, it does not constitute a good and sufficient reason for dismissal, and the presumption of s. 16 has not been rebutted.

Finally, the judge found that [TRANSLATION] "in the circumstances, it would appear that the recourse to massive dismissal was itself premature and excessive".

As his jurisdiction consisted of determining whether the other reason cited by the employer was a substantive reason as opposed to a pretext, and whether it constituted the true reason for the dismissal, by ruling on the severity of the penalty as compared with the seriousness of the wrongful act the judge substituted his judgment for that of the employer. In doing so he exceeded his jurisdiction, and this is the basis for the writ of evocation.

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Gamache & Gagné, Montreal.

Solicitors for the respondent: Guertin, Gagnon, Lafleur, Skelly, Martel & Forget, Montreal.

Ce sont les circonstances objectives de la participation d'un salarié à une grève et les circonstances de la grève elle-même qui détermineront la gravité de la faute et son appréciation possible comme cause juste et suffisante de congédiement.

L'appelante avait démontré une certaine patience à l'égard des arrêts antérieurs [6 en 8 mois] de travail; il est donc difficile de conclure qu'elle s'est servie de ce prétexte pour congédier son personnel dans le but, en réalité, d'empêcher que son entreprise ne soit soumise à une convention collective de travail. Mais le fait demeure qu'après de longues et difficiles négociations l'employeur a finalement brisé toute négociation, contrairement à la loi qui l'obligeait à négocier avec diligence et bonne foi (art. 41).

A l'illégalité de l'employeur, les salariés ont répliqué par une grève illégale. Les deux parties sont blâmables. Aussi serait-il injuste de faire porter tout le poids de cette situation aux seuls salariés. Le comportement fautif des salariés a été provoqué par le comportement fautif de l'employeur: dans ces circonstances, il ne constitue pas une cause juste et suffisante de congédiement. Et la présomption de l'article 16 n'est pas renversée.

Le juge trouve finalement que «Dans les circonstances, il m'apparaît que le recours au congédiement massif était lui-même prématuré et excessif».

Sa juridiction consistant à déterminer si l'autre cause invoquée par l'employeur est une cause sérieuse par opposition à un prétexte, et si elle constitue la cause véritable du congédiement, en se prononçant sur la rigueur de la sanction eu égard à la gravité de la faute le juge a substitué son jugement à celui de l'employeur. En ce faisant il a excédé sa juridiction ce qui donne ouverture au bref d'évocation.

Pour ces motifs je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants: Gamache & Gagné, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Guertin, Gagnon, Lafleur, Skelly, Martel & Forget, Montréal.

Hilton Québec Limitée *Appellant*;

and

Labour Court, Marc Brière and André Roy
Respondents;

and

Benoît Fortin *Mis en cause*.

1980: January 29, 30; 1980: March 18.

Present: Pigeon, Dickson, Beetz, Estey and
Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Labour law — Dismissal for distributing a document — Another good and sufficient reason — Jurisdiction of the investigation commissioner — Labour Code, R.S.Q. 1964, c. 141, as am., ss. 13, 14, 15, 16.

The *mis en cause* Fortin was dismissed by appellant for composing and distributing a document ridiculing the latter. At the time, Fortin was actively participating in a campaign to organize a new union. He filed a complaint under s. 15 of the *Labour Code*, and the investigation commissioner ordered appellant to reinstate him in his position; this decision was affirmed by the Labour Court. The Superior Court and the Court of Appeal both dismissed appellant's application for a writ of evocation against the Labour Court judgment: hence the appeal to this Court.

Held: The appeal should be dismissed.

The principles applicable to this case are the same as in *Lafrance v. Commercial Photo Service*, in which this Court, in a judgment rendered concurrently with the case at bar, affirmed that the phrase "another good and sufficient reason" in s. 16 of the *Labour Code* means that the investigation commissioner must be satisfied that the reason cited by the employer is of a substantial nature and not merely a pretext, and that it constitutes the true reason for the dismissal. In the case at bar the investigation commissioner and the Labour Court judge found that the reason cited by appellant was not the true reason for the dismissal, and that accordingly appellant, having failed to prove another good and sufficient reason, had not rebutted the presumption of s. 16. In doing so, they were only exercising the jurisdiction conferred on them by the *Labour Code*, and the writ of evocation was properly denied.

Hilton Québec Limitée *Appelante*;

et

Le Tribunal du travail, Marc Brière et André Roy
Intimés;

et

Benoît Fortin *Mis en cause*.

1980: 29, 30 janvier; 1980: 18 mars.

Présents: Les juges Pigeon, Dickson, Beetz, Estey et
Chouinard.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit du travail — Congédiement pour distribution d'un document — Autre cause juste et suffisante — Jurisdiction du commissaire-enquêteur — Code du travail, S.R.Q. 1964, chap. 141 et mod., art. 13, 14, 15, 16.

Le *mis en cause* Fortin a été congédié par l'appelante pour avoir composé et distribué un document ridiculisant cette dernière. A l'époque, Fortin participait activement à une campagne visant l'implantation d'un nouveau syndicat. Il déposa une plainte en vertu de l'art. 15 du *Code du travail* et le commissaire-enquêteur ordonna à l'appelante de le réintégrer dans ses fonctions, décision que le Tribunal du travail confirma. La Cour supérieure et la Cour d'appel ont toutes deux rejeté la requête de l'appelante pour l'émission d'un bref d'évocation contre le jugement du Tribunal du travail. D'où le pourvoi à cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Les principes applicables en cette affaire sont les mêmes que dans *Lafrance c. Commercial Photo Service* où cette Cour, dans un jugement rendu en même temps que celui-ci, confirme que l'expression «autre cause juste et suffisante» de l'art. 16 du *Code du travail* signifie que le commissaire-enquêteur doit être satisfait que l'autre cause invoquée par l'employeur est une cause sérieuse, par opposition à un prétexte, et qu'elle constitue la cause véritable du congédiement. En l'espèce le commissaire-enquêteur et le juge du Tribunal du travail ont trouvé que la cause invoquée par l'appelante n'était pas une cause sérieuse et la véritable cause du congédiement, mais qu'elle était plutôt un prétexte, et que par conséquent l'appelante n'ayant pas fait la preuve d'une autre cause juste et suffisante, n'a pas repoussé la présomption de l'art. 16. Ce faisant, ils n'ont fait qu'exercer la juridiction que leur confère le *Code du travail* et c'est à bon droit que l'émission d'un bref d'évocation a été refusée.

Lafrance et al. v. Commercial Photo Service Inc., [1980] 1 S.C.R. 536, followed.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec, affirming a judgment of the Superior Court which refused to issue a writ of evocation from a judgment of the Labour Court, upholding a decision by an investigation commissioner. Appeal dismissed.

Guy Letarte, Q.C., and *Gilles Plante*, for the appellant.

Rénald Labbé, for the mis en cause.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—As in *Lafrance et al. v. Commercial Photo Service Inc.*¹, which was decided concurrently with the case at bar, this appeal deals with the interpretation of ss. 14 and 16 of the Quebec *Labour Code*, R.S.Q. 1964, c. 141, more specifically with the meaning of the phrase “another good and sufficient reason” in s. 16, and with the jurisdiction of the investigation commissioner and the Labour Court in this regard.

The facts are of course different but the applicable principles are the same.

Turgeon J. of the Court of Appeal summarized the matter for consideration as follows:

[TRANSLATION] The mis en cause Benoît Fortin was dismissed by his employer Hilton Québec Ltd. for composing and distributing a certain document as part of a campaign to establish a union affiliated with the CNTU.

At the time the facts of this case occurred, a collective agreement existed between appellant and the Union des Employés d'Hôtels, Motels, Clubs, Local 382 (Q.F.L.). The mis en cause, Benoît Fortin, wished to organize a union affiliated with the CNTU. Instead of filing a grievance under the existing collective agreement, Benoît Fortin decided to have recourse to s. 15 of the *Labour Code*.

The investigation commissioner, André Roy, ordered the employer Hilton to reinstate the mis en cause Fortin in his position. On appeal to the Labour Court, the decision of the investigation commissioner was upheld.

¹ [1980] 1 S.C.R. 536.

Arrêt suivi: *Lafrance et autres c. Commercial Photo Service Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 536.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel confirmant un jugement de la Cour supérieure qui avait refusé l'émission d'un bref d'évocation contre un jugement du Tribunal du travail maintenant une décision d'un commissaire-enquêteur. Pourvoi rejeté.

Guy Letarte, c.r., et *Gilles Plante*, pour l'appelante.

Rénald Labbé, pour le mis en cause.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—Comme dans l'affaire *Lafrance et autres c. Commercial Photo Service Inc.*¹ où jugement est rendu en même temps que celle-ci, ce pourvoi porte sur l'interprétation des art. 14 et 16 du *Code du travail* du Québec, S.R.Q. 1964, chap. 141, et de façon plus particulière sur le sens de l'expression «autre cause juste et suffisante» à l'art. 16 ainsi que sur la juridiction du commissaire-enquêteur et du Tribunal du travail à cet égard.

Les faits sont bien sûr différents mais les principes applicables sont les mêmes.

Le juge Turgeon de la Cour d'appel résume le présent débat en ces termes:

Le mis en cause Benoît Fortin fut congédié par son employeur Hilton Québec Ltée pour avoir composé et distribué un certain document dans le cadre d'une campagne visant l'implantation d'un syndicat affilié à la C.S.N.

Lors des faits de cette cause, il existait une convention collective intervenue entre l'appelante et l'Union des Employés d'Hôtels, Motels, Clubs, Local 382 (F.T.Q.). Le mis en cause Benoît Fortin désirait organiser un syndicat affilié à la C.S.N. Au lieu de faire un grief en vertu de la convention collective existante, Benoît Fortin décida d'avoir recours à l'article 15 du *Code du travail*.

Le commissaire-enquêteur André Roy ordonna à l'employeur Hilton de réintégrer le mis en cause Fortin dans son emploi. Sur l'appel au Tribunal du travail, la décision du commissaire-enquêteur fut confirmée.

¹ [1980] 1 R.C.S. 536.

Appellant contended that it had established good and sufficient reason for dismissal and alleged that the investigation commissioner and the Labour Court wrongly allowed the complaint of the mis en cause Fortin for dismissal resulting from union activities, when they acknowledged the existence of another reason.

The Superior Court dismissed appellant's application for a writ of evocation pursuant to art. 846 of the *Code of Civil Procedure*, and the Court of Appeal upheld this judgment.

Once it is established that an employee is exercising a right conferred on him by the *Labour Code*, s. 16 creates a presumption in his favour that he was dismissed because he exercised this right.

There is no problem in this regard in the case at bar, and appellant admitted that the presumption applied to the mis en cause.

In order to rebut this presumption, the employer has the burden of showing that the employee was dismissed for "another good and sufficient reason".

In *Lafrance et al. v. Commercial Photo Service Inc.*, the Court upheld the consistent line of decisions by the Labour Court and the Court of Appeal that this expression means that the investigation commissioner must be satisfied that the other reason cited by the employer is of a substantial nature and not merely a pretext, and that it constitutes the true reason for the dismissal.

Under this interpretation, the investigation commissioner is not required to rule on the severity of the penalty as compared with the seriousness of the wrongful act in question, in other words, to substitute his judgment for that of the employer, in doing which he would exceed his jurisdiction.

Moreover, this is the interpretation relied on by appellant, at least at the hearing. I would say that the same is true of its factum, except that the latter contains a passage that may be ambiguous. Counsel for the appellant stated:

[TRANSLATION] The role of the investigation commissioner, as defined by the courts, consists in determining whether the reason for the dismissal cited by the employer is the true reason and not a pretext. The courts

L'appelante prétend avoir fait la preuve d'une cause juste et suffisante de congédiement et reproche au commissaire-enquêteur et au Tribunal du travail d'avoir maintenu la plainte du mis en cause Fortin pour congédiement résultant d'activités syndicales alors qu'ils ont reconnu l'existence d'une autre cause.

La Cour supérieure a rejeté la requête de l'appelante pour l'émission d'un bref d'évocation en vertu de l'art. 846 du *Code de procédure civile* et la Cour d'appel confirme ce jugement.

Lorsqu'il a été établi que le salarié exerce un droit lui résultant du *Code du travail*, l'art. 16 crée une présomption en sa faveur qu'il a été congédié à cause de l'exercice de ce droit.

Il n'y a pas de difficulté à ce sujet dans la présente cause et l'appelante admet que la présomption est née en faveur du mis en cause.

Pour repousser cette présomption l'employeur a le fardeau de prouver que le salarié a été congédié pour une «autre cause juste et suffisante».

Dans *Lafrance et autres c. Commercial Photo Service Inc.*, la Cour confirme la jurisprudence constante du Tribunal du travail et de la Cour d'appel à l'effet que cette expression signifie que le commissaire-enquêteur doit être satisfait que l'autre cause invoquée par l'employeur est une cause sérieuse, par opposition à un prétexte, et qu'elle constitue la cause véritable du congédiement.

Suivant cette interprétation il n'appartient pas au commissaire-enquêteur de se prononcer sur la rigueur de la sanction eu égard à la gravité de la faute reprochée, en d'autres termes de substituer son jugement à celui de l'employeur, ce en quoi il excéderait sa juridiction.

C'est de cette interprétation d'ailleurs que l'appelante s'est réclamée, du moins à l'audience. Je dirais qu'il en est de même dans son factum sauf qu'il s'y trouve un passage qui prête à équivoque. Les procureurs de l'appelante écrivent:

Le rôle du commissaire-enquêteur, tel que défini par la jurisprudence, consiste à vérifier si la cause du congédiement invoquée par l'employeur est la véritable cause et non pas un prétexte. Tel qu'établi par la jurispru-

have held that if the *causa causans* of the dismissal is not lawful union activity, but is some other independent reason, unrelated to the exercise by an employee of a right conferred by the *Labour Code*, the investigation commissioner has jurisdiction neither to vacate the penalty imposed by the employer nor to amend it.

Thus, the expression "good and sufficient reason", which is not contained in s. 14, has been interpreted as referring to the truth of the other reason and the sufficiency of the evidence to rebut the presumption, and not to the sufficiency of the reason which, in the opinion of the investigation commissioner or the Labour Court, justifies the imposition of disciplinary penalties.

The second paragraph is ambiguous, in that it appears to rely solely on the standard of the truthfulness of the reason, without examining its seriousness so as to distinguish it from a mere pretext. It would appear to be such an ambiguity which led Turgeon J. to observe:

[TRANSLATION] . . . In the submission of appellant, this line of authority means that the investigation commissioner has no basis for examining the reason for the dismissal except to determine its truthfulness.

With respect, I cannot accept this interpretation of s. 16 of the *Labour Code*. The latter requires the employer to prove good and sufficient reason in order to rebut the legal presumption; this demonstrates an intent that the evidence shall be of this kind and a refusal to accept evidence of any reason whatever which can be but a pretext.

In fact, however, these principles and this consistent line of authority are not at issue here. Rather, the issue turns on their application to the facts of this case.

Citing a number of extracts from the decision of the investigation commissioner on the one hand and of the Labour Court on the other, appellant sought to show that they both exceeded their jurisdiction by substituting their own judgment for that of appellant, and that in short they based their decision on the fact that in their opinion the dismissal was too severe a penalty compared with the reason cited.

Like the Court of Appeal and the Superior Court, I am of the opinion that this is not what the investigation commissioner and the Labour Court did.

dence, si la *causa causans* du congédiement n'est pas l'activité syndicale légitime mais est une autre cause indépendante et non reliée à l'exercice par un salarié d'un droit résultant du *Code du travail*, le commissaire-enquêteur n'a pas plus juridiction pour annuler la sanction imposée par l'employeur que pour la modifier.

En effet, l'expression «cause juste et suffisante» que l'on ne retrouve pas dans l'article 14, a été interprétée comme se rapportant à la véracité de l'autre cause et à la suffisance de la preuve pour repousser la présomption et non pas à la suffisance du motif justifiant, dans l'opinion du commissaire-enquêteur ou du Tribunal du Travail, l'imposition de sanctions disciplinaires.

Le deuxième alinéa est ambigu en ce qu'il semble ne retenir que le critère de la véracité de la cause sans tenir compte de son sérieux pour la distinguer d'un simple prétexte. C'est à ce qu'il me paraît, une semblable ambiguïté qui faisait écrire au juge Turgeon:

. . . Selon l'appelante, cette jurisprudence est à l'effet qu'il n'y a pas lieu pour le commissaire-enquêteur d'apprécier la cause du congédiement autrement que pour en vérifier la véracité.

Avec déférence, je ne peux accepter cette interprétation de l'article 16 du *Code du travail*. Celui-ci exige de l'employeur qu'il fasse la preuve d'une cause juste et suffisante pour repousser la présomption légale; il manifeste par là sa volonté qu'il en soit ainsi et son refus de se contenter de la preuve d'une cause quelconque qui ne peut être qu'un prétexte.

Mais ce ne sont pas à vrai dire ces principes ni cette jurisprudence constante qui font l'objet du litige. C'est plutôt leur application aux faits de cette cause.

S'appuyant sur de nombreux extraits de la décision du commissaire-enquêteur d'une part et de celle du Tribunal du travail d'autre part, l'appelante a tenté de démontrer que l'un et l'autre ont excédé leur juridiction en substituant leur propre jugement à celui de l'appelante et qu'ils ont en somme fondé leur décision sur le fait qu'à leur avis le congédiement était une sanction trop sévère eu égard au motif invoqué.

Comme la Cour d'appel et la Cour supérieure, je suis d'avis que ce n'est pas ce qu'ont fait le commissaire-enquêteur et le Tribunal du travail.

It is true that the investigation commissioner made observations tending to suggest that he disagreed with the consistent interpretation referred to above. However, his decision must be taken as a whole and looked at in terms of its conclusion. He concludes his analysis as follows:

[TRANSLATION] . . . Although it was established that other employees also carried on union activity and had not been dismissed, the investigation commissioner considers that the publication of this document was actually a pretext to eliminate an employee who was taking an active part in union recruitment, but had given no other cause for complaint. In the circumstances, accordingly, the investigation commissioner concludes that respondent has not effectively discharged the burden of proof.

The Labour Court judge too indicated his inclination to depart from the established decisions, but once again regard must be had to his conclusion, which appears to me to be decisive:

[TRANSLATION] In any event, it was also the investigation commissioner's opinion "that publication of this document was actually a pretext to eliminate an employee who was taking an active part in union recruitment, but had given no other cause for complaint", and I concur in that view. Whatever the interpretation that must be given to s. 16 *L.C.*, it appears that appellant has not rebutted the legal presumption in favour of respondent.

Both the investigation commissioner and the Labour Court judge found that the reason cited by appellant was not of a substantial nature and the true reason for the dismissal, but was actually a pretext, and that accordingly appellant having failed to prove another good and sufficient reason, had not rebutted the presumption of s. 16.

In doing so, they were only exercising the jurisdiction conferred on them by the *Labour Code*, and the writ of evocation was properly denied.

For these reasons and those stated by the judges of the Court of Appeal, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Gagné, Letarte, Royer, Gauthier, Lacasse & Boily, Quebec.

Solicitors for the mis en cause: Yergeau, Labbé & Associés, Quebec.

Il est vrai que le commissaire-enquêteur a fait des observations qui portent à croire qu'il est en désaccord avec l'interprétation constante mentionnée plus haut. Mais il faut prendre sa décision dans son ensemble et voir la conclusion qu'il tire. Voici en quels termes il conclut son analyse:

. . . Même s'il est en preuve que d'autres salariés auraient exercé également de l'activité syndicale et qu'ils n'ont pas été congédiés, le commissaire-enquêteur estime que la publication de ce texte a plutôt été un prétexte pour éliminer un salarié qui prenait part activement au recrutement syndical sans qu'aucun autre reproche puisse lui être fait. Dans les circonstances, le commissaire-enquêteur conclut donc que l'intimé n'a pas repoussé valablement le fardeau de la preuve.

De même le juge du Tribunal du travail laisse voir son inclination à s'éloigner de la jurisprudence constante mais encore là il faut tenir compte de sa conclusion qui me paraît déterminante:

Quoi qu'il en soit, c'était aussi l'avis du commissaire-enquêteur «que la publication de ce texte a plutôt été un [pré]texte pour éliminer un salarié qui prenait part activement au recrutement syndical sans qu'aucun autre reproche puisse lui être fait», et je partage cet avis. Quelle que soit l'interprétation qu'il faille donner à l'article 16 *C.t.*, il appert que l'appelante n'a pas repoussé la présomption légale dont bénéficiait l'intimé.

Et le commissaire-enquêteur et le juge du Tribunal du travail ont trouvé que la cause invoquée par l'appelante n'était pas une cause sérieuse et la véritable cause du congédiement, mais qu'elle était plutôt un prétexte, et que par conséquent l'appelante n'ayant pas fait la preuve d'une autre cause juste et suffisante, n'a pas repoussé la présomption de l'art. 16.

Ce faisant, ils n'ont fait qu'exercer la juridiction que leur confère le *Code du travail* et c'est à bon droit que l'émission d'un bref d'évocation a été refusée.

Pour ces motifs et ceux exposés par les juges de la Cour d'appel je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Gagné, Letarte, Royer, Gauthier, Lacasse & Boily, Québec.

Procureurs du mis en cause: Yergeau, Labbé & Associés, Québec.

Antares Shipping Corporation (*Plaintiff*)
Appellant;

and

The Ship "Capricorn" (also known as the Ship "Alliance"), Portland Shipping Company Inc. and Delmar Shipping Limited (*Defendants*) *Respondents.*

1979: February 6 and 7; 1979: December 13.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Maritime law — Courts — Federal Court jurisdiction — Claim for specific performance of contract for sale of ship — Whether claim based on any existing federal law — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2, 22(1), 22(2)(a), 42, 44 — British North America Act, s. 91(10).

The appellant's action is for the enforcement of a contract for the sale of the respondent ship. On October 1, 1973, a judge of the Trial Division of the Federal Court held that the Federal Court was clothed with original jurisdiction over a claim such as this. On February 24, 1978, the Federal Court of Appeal set aside the judgment of the Trial Division. The Court of Appeal invoked the judgments in *Quebec North Shore Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054, and *McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654, in which the Supreme Court held that in order for the Federal Court to have jurisdiction a case must involve the application of some existing federal law, whether statute or regulation or common law. The Court of Appeal saw no such existing federal law as providing the foundation for claims of the kind asserted by appellant's action. Hence the appeal to this Court.

Held: The appeal should be allowed.

The provisions of s. 22(2)(a) of the *Federal Court Act* which provides that the Trial Division has jurisdiction with respect to "any claim as to title, possession or ownership of a ship" constitute existing federal statutory law coming within the class of subject of navigation and shipping and expressly designed to confer jurisdiction on the Federal Court for claims of the kind advanced by the appellant. The claim here being one as to the appellant's entitlement to possession of a ship, it is

Antares Shipping Corporation
(*Demanderesse*) *Appelante;*

et

Le navire «Capricorn» (alias le navire «Alliance»), Portland Shipping Company Inc. et Delmar Shipping Limited (*Défendeurs*) *Intimés.*

1979: 6 et 7 février; 1979: 13 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit maritime — Tribunaux — Compétence de la Cour fédérale — Demande en vue de l'exécution intégrale d'un contrat de vente d'un navire — La demande est-elle fondée sur l'existence d'une législation fédérale? — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 2, 22(1), 22(2)a), 42, 44 — Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 91(10).

L'action de l'appelante vise l'exécution d'un contrat de vente du navire intimé. Le 1^{er} octobre 1973, un juge de la Division de première instance de la Cour fédérale a conclu que cette dernière était compétente pour connaître d'une réclamation semblable. Le 24 février 1978, la Cour d'appel fédérale infirmait la décision de la Division de première instance. La Cour d'appel a invoqué les arrêts *Quebec North Shore Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054, et *McNamara Construction (Western) Ltd. et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654, où la Cour suprême a conclu que la Cour fédérale n'est compétente que dans les cas impliquant l'existence d'une législation fédérale applicable, que ce soit une loi, un règlement ou la *common law*. La Cour d'appel a conclu que le fondement des demandes de la nature de celle que fait valoir l'appelante dans son action ne peut se trouver dans l'existence d'une législation fédérale, d'où le présent pourvoi devant cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

Les dispositions de l'al. 22(2)a) de la *Loi sur la Cour fédérale* selon lesquelles la Division de première instance a compétence relativement à toute demande portant sur «le titre, la possession ou la propriété d'un navire» constituent une loi fédérale applicable qui entre dans la catégorie de sujets, «La navigation et les bâtiments ou navires» et qui est expressément conçue pour accorder compétence à la Cour fédérale sur des demandes de la nature de celle présentée par l'appelante. Puisque la

within the jurisdiction of the Federal Court. When the Federal Court of Appeal concluded that s. 22(2)(a) should not be construed as including an action for the specific performance of a contract of sale, that conclusion reflected the strong influence which the American authorities had on the Federal Court of Appeal's approach to the problem. The adoption of the American doctrine was contrary to the English practice which forms the foundation of Canadian maritime law. The express authority conferred on the Federal Court by s. 44 of the *Federal Court Act* to grant an order for specific performance is a further circumstance which puts the jurisdiction of the Federal Court in this action beyond question.

Quebec North Shore Co. v. Canadian Pacific Ltd., [1977] 2 S.C.R. 1054, 71 D.L.R. (3d) 111; *McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654 distinguished; *R. v. Canadian Vickers Ltd.*, [1978] 2 F.C. 675, 77 D.L.R. (3d) 241; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Canadian Stevedoring Co. Ltd.*, [1969] 2 Ex. C.R. 375; *Tropwood et al. v. Sivaco Wire & Nail Co. et al.*, [1979] 2 S.C.R. 157, aff'g [1978] 2 F.C. 720, 78 D.L.R. (3d) 529; *Silver v. The Sloop Silver Cloud* (1966), 259 F. Supp. 187; *Hart v. Herwig* (1873), L.R. 8 Ch. App. 860; *Robillard v. The Sailing Sloop St. Roch and Charland* (1921), 21 Ex. C.R. 132, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹ setting aside an order of the Trial Division². Appeal allowed.

Guy Vaillancourt and *Raynold Langlois*, for the appellant.

Gilles de Billy, Q.C., for the respondents *Capricorn* and *Portland Shipping*.

Sean Harrington, for the respondent *Delmar Shipping*.

The judgment of the Court was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal from a judgment of the Federal Court of Appeal dated February 24, 1978 which set aside an order made by the Trial Division of that Court on October 1, 1973 and ordered that the Statement of Claim be struck out and the action dismissed on the ground that the

demande porte ici sur le droit de l'appelante à la possession d'un navire, elle relève de la compétence de la Cour fédérale. La conclusion de la Cour d'appel fédérale que l'al. 22(2)a) ne doit pas être interprété comme englobant une action pour l'exécution intégrale d'un contrat de vente reflète la forte influence de la jurisprudence américaine sur la façon dont la Cour d'appel fédérale a abordé le problème. L'adoption de la doctrine américaine va à l'encontre de la pratique anglaise qui est à la base du droit maritime canadien. Le pouvoir exprès prévu à l'art. 44 de la *Loi sur la Cour fédérale* qui permet à la Cour fédérale d'accorder une ordonnance d'exécution intégrale est un autre point qui dissipe tout doute quant à la compétence de la Cour fédérale.

Jurisprudence: distinction faite avec les arrêts *Quebec North Shore Co. c. Canadien Pacifique Liée*, [1977] 2 R.C.S. 1054, 71 D.L.R. (3d) 111 et *McNamara Construction (Western) Ltd. et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; *R. c. Canadian Vickers Ltd.*, [1978] 2 C.F. 675, 77 D.L.R. (3d) 241; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Canadian Stevedoring Co. Ltd.*, [1969] 2 R.C.É. 375; *Tropwood et autres c. Sivaco Wire & Nail Co. et autre*, [1979] 2 R.C.S. 157, confirmant [1978] 2 C.F. 720, 78 D.L.R. (3d) 529; *Silver v. The Sloop Silver Cloud* (1966), 259 F. Supp. 187; *Hart v. Herwig* (1873), L.R. 8 Ch. App. 860; *Robillard c. Le voilier St. Roch et Charland* (1921), 21 R.C.É. 132.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹ qui a infirmé une ordonnance de la Division de première instance². Pourvoi accueilli.

Guy Vaillancourt et *Raynold Langlois*, pour l'appelante.

Gilles de Billy, c.r., pour les intimés *Capricorn* et *Portland Shipping*.

Sean Harrington, pour l'intimée *Delmar Shipping*.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE RITCHIE—Il s'agit d'un pourvoi à l'encontre de l'arrêt du 24 février 1978 de la Cour fédérale, Division d'appel, qui a infirmé une ordonnance prononcée par sa Division de première instance le 1^{er} octobre 1973 et a ordonné que la déclaration soit radiée et que l'action soit rejetée

¹ [1978] 2 F.C. 834.

² [1973] F.C. 955.

¹ [1978] 2 C.F. 834.

² [1973] C.F. 955.

Federal Court was without jurisdiction to entertain the claim of the plaintiff (appellant) herein.

This action was originally instituted as an action *in rem* against the ship *Capricorn* seeking a declaration that the sale of that ship from Delmar Shipping Inc. (hereinafter referred to as Delmar) to Portland Shipping Co. Inc. (hereinafter referred to as Portland) registered on June 5, 1973 with the Liberian Registrar of Shipping in New York while the ship was at sea, was null and void on the ground that the ship was then the subject of a concluded sale from Delmar to the appellant Antares Shipping Corporation evidenced by a Norwegian Sale Form dated May 3, 1973 whereby and whereunder the appellant became entitled to delivery and possession of the ship.

At the hearing of this appeal it was agreed by all concerned that as the sole issue herein relates to the jurisdiction of the Court, the matter should proceed on the assumption that allegations of fact contained in the second amended declaration filed by the appellant on November 7, 1973 were true and the statements contained in that document which appear to me to be most relevant in the consideration of this appeal may be summarized as follows:

1. An agreement by Delmar to sell the ship to the appellant Antares Shipping Corporation was entered into on April 7, 1973 and a memorandum of that agreement was, as I have indicated, issued in London on May 3, 1973 on a Norwegian Sales Form setting out *inter alia* a price in U.S. dollars and the requirement of a deposit of 10 per cent of that price by the purchaser.
2. It was also provided that the buyers, *i.e.* Antares, "have right to declare the sale finalized or not within midnight London time, Thursday 17th of May 1973" and the appellant declared the sale finalized by telex sent to the agents of Delmar at about 20:34 hours on that date.
3. On the 21st of May, 1973, the appellant's bankers transferred 10 per cent of the purchase price stipulated for the vessel to the National Bank of North America in New York for the joint account of Delmar and Antares, but on the

pour le motif que la Cour fédérale n'était pas compétente pour connaître de la réclamation de la demanderesse (appelante) en l'espèce.

Cette action a été initialement intentée *in rem* contre le navire *Capricorn* pour obtenir une déclaration que la vente de ce navire par Delmar Shipping Inc. (ci-après appelée «Delmar») à Portland Shipping Co. Inc. (ci-après appelée «Portland»), enregistrée le 5 juin 1973 auprès du Liberian Registrar of Shipping à New York, pendant que le navire était en mer, était nulle et non avenue pour le motif que ce navire faisait alors l'objet d'une vente conclue entre Delmar et l'appelante Antares Shipping Corporation comme en fait foi un contrat type dit Norwegian Sale Form en date du 3 mai 1973 en vertu duquel l'appelante était en droit d'obtenir la livraison et la possession du navire.

A l'audition de ce pourvoi, toutes les parties ont admis que, puisque la seule question en litige porte sur la compétence de la Cour, il y avait lieu de présumer que les allégations de faits contenues dans la deuxième déclaration amendée de l'appelante, produite le 7 novembre 1973, étaient exactes. Dans ce document, les affirmations qui me paraissent les plus pertinentes à l'examen de ce pourvoi, peuvent se résumer comme suit:

1. Une convention de vente du navire par Delmar à l'appelante Antares Shipping Corporation a été signée le 7 avril 1973 et en fait foi, comme je l'ai indiqué, un document délivré à Londres le 3 mai 1973 selon le contrat type dit Norwegian Sale Form, qui fixe notamment un prix en dollars américains et exige un dépôt de 10 pour cent de ce prix par l'acheteur.
2. Il était également stipulé que les acheteurs, *c.-à-d.* Antares, [TRADUCTION] «ont le droit de déclarer la vente conclue ou non avant minuit, heure de Londres, le jeudi 17 mai 1973» et l'appelante a déclaré la vente conclue par télex envoyé aux agents de Delmar vers 20h34 ce jour-là.
3. Le 21 mai 1973, les banquiers de l'appelante ont transféré 10 pour cent du prix d'achat fixé pour le navire à la National Bank of North America à New York, pour le compte conjoint de Delmar et Antares, mais le même jour l'appe-

same day the appellant was advised that Delmar had withdrawn the ship from the market and this was followed by advice that Delmar refused to carry out its obligations under the agreement for sale and that the 10 per cent deposit made by the appellant had been refused on instructions from Delmar. Within a few days (June 5, 1973) it became apparent that Delmar had sold the ship to Portland which was either owned or controlled by the same interests as Delmar for the sum of \$10 and that the sale had been registered with the Registrar of Shipping of the Republic of Liberia in New York.

Based on these and many other allegations, the appellant claimed for a declaration that the sale to Portland was null and void and that the ship belongs to Delmar. The order sought by the appellant in its declaration contains the following paragraphs:

DECLARING THAT the sale of the DEFENDANT SHIP to the PORTLAND SHIPPING COMPANY INC. registered on June 5, 1973, with the Liberian Registrar of Shipping in New York is null and void, and THAT said DEFENDANT SHIP belongs to DELMAR SHIPPING LIMITED;

DECLARING THAT the sale of the DEFENDANT SHIP to the PLAINTIFF has been concluded under the NORWEGIAN SALEFORM (revised 1966) issued at London on May 3, 1973, as amended, between DELMAR SHIPPING LIMITED as SELLERS and SEBASTIANO RUSSOTTI for the account of PLAINTIFF as Buyers;

DECLARING THAT the PLAINTIFF has made good and sufficient payment of the 10% deposit of the purchase price or MAKING such other Order regarding payment as the Court may deem just in the circumstances;

ORDERING THAT the owners of the DEFENDANT SHIP Messrs. DELMAR SHIPPING LIMITED deliver the duplicate copy of the memorandum of agreement as amended and duly signed, deliver the DEFENDANT SHIP to the PLAINTIFF within eight (8) days of the Order and, in exchange of the payment of the purchase money by the PLAINTIFF, furnish the PLAINTIFF with legal Bill of Sale of the LIBERIAN MOTOR TANKER CAPRICORN, registered in Monrovia, REPUBLIC OF LIBERIA, together with a certificate of deletion from the Ship's register, failing which the judgment to intervene is to take the place of a deed of sale in favour of the PLAINTIFF of the said DEFENDANT SHIP, free and clear of all encumbrances

lante a été informée que Delmar avait retiré le navire du marché, puis elle a reçu un avis que Delmar refusait d'exécuter ses obligations en vertu du contrat de vente et que le dépôt de 10 pour cent qu'elle avait versé avait été refusé conformément aux directives de Delmar. Quelques jours plus tard (le 5 juin 1973), il est devenu évident que Delmar avait, pour la somme de \$10, vendu le navire à Portland qui est la propriété ou sous le contrôle des mêmes intérêts que Delmar et que la vente avait été enregistrée auprès du Liberian Registrar of Shipping à New York.

En s'appuyant sur ces allégations et sur plusieurs autres, l'appelante a demandé une déclaration portant que la vente à Portland était nulle et non avenue et que le navire appartenait à Delmar. L'ordonnance recherchée par l'appelante dans sa déclaration contient les alinéas suivants:

[TRADUCTION] DÉCLARANT QUE la vente du NAVIRE DÉFENDEUR à la PORTLAND SHIPPING COMPANY INC., vente enregistrée le 5 juin 1973 auprès du Liberian Registrar of Shipping à New York, est nulle et non avenue, et QUE ledit NAVIRE DÉFENDEUR appartient à la DELMAR SHIPPING CO. LTD.;

DÉCLARANT QUE la vente du NAVIRE DÉFENDEUR à la DEMANDERESSE a été conclue conformément au contrat type dit NORWEGIAN SALEFORM (révisé en 1966) émis à Londres le 3 mai 1973 et modifié entre la DELMAR SHIPPING CO. LTD. comme VENDERESSE et SEBASTIANO RUSSOTTI comme acheteur pour le compte de la DEMANDERESSE;

DÉCLARANT QUE la DEMANDERESSE a bien et complètement versé le dépôt de 10 pour cent du prix d'achat, ou RENDANT toute autre ordonnance relative au paiement que la Cour jugera équitable en l'espèce;

ORDONNANT QUE les propriétaires du NAVIRE DÉFENDEUR DELMAR SHIPPING CO. LTD. délivrent en duplicata une copie de l'accord modifié et dûment signé, délivrent le NAVIRE DÉFENDEUR à la DEMANDERESSE dans les huit (8) jours de l'ordonnance et, en contrepartie du versement du prix d'achat par la DEMANDERESSE, lui remettent l'acte légal de vente du LIBERIAN MOTOR TANKER CAPRICORN, enregistré à Monrovia, RÉPUBLIQUE DU LIBÉRIA, avec un certificat de radiation délivré par le registraire du navire, faute de quoi le jugement à rendre tiendra lieu d'acte de vente dudit NAVIRE DÉFENDEUR à la DEMANDERESSE, franc et quitte de toute charge après versement à la Cour par la DEMANDE-

upon payment being made into Court by PLAINTIFF of the purchase money less any amount required to discharge the registered encumbrances.

The question which lies at the heart of this appeal is whether or not the Federal Court is clothed with jurisdiction to entertain an action for the enforcement of a concluded contract for the sale of a ship by delivery and by the execution of a bill of sale thereof.

The effect of the judgment of the learned trial judge was to order Delmar and Portland to be joined as defendants in the action against *Capricorn* subject to the pleadings in that action being served on those companies, the head offices of both of which were outside of Canada. Upon application being made for service *ex juris* on these companies, the Federal Court, in the Trial Division and the Court of Appeal thereof, denied the application but on appeal to this Court those judgments were reversed. These steps in the action are described in the reasons for judgment of Mr. Justice LeDain as follows:

Following their order Antares applied to the Trial Division for leave to serve Delmar and Portland out of the jurisdiction but leave was refused. This order was confirmed by the Court of Appeal. On appeal to the Supreme Court of Canada the judgments of the Trial Division and Court of appeal were set aside, and it was directed that an order for service *ex juris* be issued. An order was issued by the Trial Division, and Delmar and Portland were served. They have appeared and have taken part in *what is now an action in personam as well as in rem*. (The italics are my own.)

The learned trial judge adopted the view that a claim such as this falls within the exclusive legislative authority of Parliament under s. 91(10) of the *British North America Act* which assigns the subject of "navigation and shipping" to that authority and he found also that the claim was one for relief made "under or by virtue of Canadian maritime law or any other law of Canada relating to any matter coming within the class of subject of navigation and shipping" within the meaning of s. 22(1) of the *Federal Court Act* (hereinafter referred to as the "Act") so that the Trial Division was

RESSE du prix d'achat diminué de tout montant requis pour la libération des charges enregistrées.

La question principale dans ce pourvoi est de savoir si la Cour fédérale est compétente pour connaître d'une action visant l'exécution d'un contrat de vente d'un navire par la livraison et par la signature d'un acte de vente.

Le jugement du savant juge de première instance avait pour effet d'ordonner que Delmar et Portland soient jointes comme défenderesses à l'action contre le *Capricorn* à la condition que les procédures écrites dans cette action soient signifiées à ces compagnies dont les sièges sociaux respectifs sont situés à l'extérieur du Canada. La Division de première instance et la Cour d'appel fédérale ont refusé la demande de permission d'effectuer la signification à ces compagnies hors du pays, mais, sur pourvoi devant cette Cour, ces jugements ont été infirmés. Dans ses motifs, le juge LeDain décrit comme suit ces procédures:

A la suite de cette ordonnance, l'Antares a demandé à la Division de première instance la permission de procéder à la notification à Delmar et à Portland en dehors de la juridiction, mais la demande a été rejetée. L'ordonnance a été confirmée par la Cour d'appel. Sur appel devant la Cour suprême du Canada, les jugements rendus par la Division de première instance et par la Cour d'appel ont été infirmés et la Cour suprême a ordonné que soit rendue une ordonnance de notification *ex juris*. La Division de première instance a rendu l'ordonnance, et notification en a été faite à la Delmar et à la Portland. Ces dernières ont comparu et ont participé à l'action qui est maintenant à la fois *in personam et in rem*. (J'ai mis des mots en italique.)

Le savant juge de première instance était d'avis qu'une demande de cette nature relève de la compétence législative exclusive du Parlement en vertu du par. 91(10) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* qui lui attribue le sujet de «la navigation et les bâtiments ou navires» et il a également conclu qu'il s'agissait d'une demande de redressement faite «en vertu du droit maritime canadien ou d'une autre loi du Canada en matière de navigation ou de marine marchande» au sens du par. 22(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* (ci-après appelée la «Loi») de sorte que la Division de pre-

clothed with original jurisdiction over it. In this regard the learned trial judge said:

... the jurisdiction of this Court in maritime matters under section 22(1) is co-extensive with the legislative power of Parliament over 'navigation and shipping'; it is not limited to the matters coming within that subject on which Parliament has acutely legislated.

In setting aside the judgment based on this reasoning, Mr. Justice LeDain, speaking on behalf of the Court of Appeal, invoked the judgments of this Court in *Quebec North Shore Company v. Canadian Pacific Limited*³, and *McNamara Construction (Western) Limited et al. v. The Queen*⁴, saying:

As a result of the judgments of the Supreme Court of Canada in the *Quebec North Shore Paper Company and McNamara Construction* cases, the conclusion of the Trial Division on the question of jurisdiction can no longer be supported on the ground that was relied on by the learned trial Judge, namely, that the subject matter of the action falls within the legislative competence of the Parliament of Canada. The Supreme Court has held in these cases that in order for the Federal Court to have jurisdiction a case must involve the application of some 'existing federal law, whether statute or regulation or common law'.

Section 22(1) of the Act to which reference is made in the reasoning of the learned trial judge, reads as follows:

22. (1) The Trial Division has concurrent original jurisdiction as well between subject and subject as otherwise, in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under or by virtue of Canadian maritime law or any other law of Canada relating to any matter coming within the class of subject of navigation and shipping, except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned.

This section must be read in light of s. 2 which defines Canadian maritime law as follows:

2. In this Act

'Canadian maritime law' means the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act* or any other

³ [1977] 2 S.C.R. 1054, 71 D.L.R. (3d) 111.

⁴ [1977] 2 S.C.R. 654.

mière instance avait compétence en première instance sur cette demande. A cet égard le savant juge a dit:

... en matière maritime, la compétence de la Cour en vertu de l'article 22(1) va de pair avec le pouvoir législatif du Parlement relatif à «la navigation et les bâtiments ou navires»; cette compétence de la Cour ne se limite pas aux sujets de cette catégorie à l'égard desquels le Parlement a déjà légiféré.

Infirmité le jugement fondé sur ce raisonnement, le juge LeDain, au nom de la Cour d'appel, a invoqué les arrêts de cette Cour dans *Quebec North Shore Company c. Canadien Pacifique Limitée*³ et *McNamara Construction (Western) Limited et autre c. La Reine*⁴, disant:

A la suite des arrêts de la Cour suprême du Canada *Quebec North Shore Paper Company* et *McNamara Construction*, les conclusions de la Division de première instance ne peuvent plus se fonder sur les motifs invoqués par le savant juge précité, à savoir que la matière faisant l'objet de l'action relève de la compétence législative du Parlement du Canada. Dans les arrêts ci-dessus, la Cour suprême a conclu que la Cour fédérale n'est compétente que dans les cas impliquant l'«existence d'une législation fédérale applicable, que ce soit une loi, un règlement ou la *common law*».

Voici le texte du par. 22(1) de la Loi dont fait mention, dans son raisonnement, le juge de première instance:

22. (1) La Division de première instance a compétence concurrente en première instance, tant entre sujets qu'autrement, dans tous les cas où une demande de redressement est faite en vertu du droit maritime canadien ou d'une autre loi du Canada en matière de navigation ou de marine marchande, sauf dans la mesure où cette compétence a par ailleurs fait l'objet d'une attribution spéciale.

Il faut rapprocher ce paragraphe de l'art. 2 qui définit comme suit le droit maritime canadien:

2. Dans la présente loi

«droit maritime canadien» désigne le droit dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa juridiction d'amirauté, en vertu de la *Loi sur l'Amirauté*

³ [1977] 2 R.C.S. 1054, 71 D.L.R. (3d) 111.

⁴ [1977] 2 R.C.S. 654.

statute, or that would have been so administered if that Court had had, on its Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters, as that law has been altered by this or any other Act of the Parliament of Canada; . . .

Section 42 of the Act is also relevant in that it provides that:

42. Canadian maritime law as it was immediately before the 1st day of June 1971 continues subject to such changes therein as may be made by this or any other Act.

After citing these sections of the Act, Mr. Justice LeDain observed:

By these provisions Canadian maritime law is recognized as existing federal law applicable in the exercise of the Court's admiralty jurisdiction. It is unnecessary here to go over the historical ground that has been covered in recent decisions which have considered the nature of Canadian maritime law and when it may be considered to have first become part of the law of Canada. The question in the present case is whether this body of law recognizes the kinds of claim that are asserted by Antares' action. We have not been referred to 'any other law of Canada relating to any matter coming within the class of subject of navigation and shipping' as providing the foundation for claims of this kind.

With all respect, I am on the contrary of opinion that the provisions of s. 22(2)(a) of the Act constitute existing federal statutory law coming within the class of subject of navigation and shipping and expressly designed to confer jurisdiction on the Federal Court for claims of the kind here advanced by the appellant. That section reads:

22. (2) Without limiting the generality of subsection (1), it is hereby declared for greater certainty that the Trial Division has jurisdiction with respect to any claim or question arising out of one or more of the following:

- (a) *any claim as to title, possession or ownership of a ship or any part interest therein or with respect to the proceeds of sale of a ship or any part interest therein; . . . (The italics are my own.)*

Like Mr. Justice LeDain, I do not find it necessary to go over the historical ground covered in the

ou de quelque autre loi, ou qui en aurait relevé si cette Cour avait eu, en sa juridiction d'amirauté, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté, compte tenu des modifications apportées à ce droit par la présente loi ou par toute autre loi du Parlement du Canada; . . .

L'article 42 de la Loi est également pertinent car il dispose que:

42. Le droit maritime canadien existant immédiatement avant le 1^{er} juin 1971 reste en vigueur sous réserve des modifications qui peuvent y être apportées par la présente loi ou toute autre loi.

Après avoir cité ces articles de la Loi, le juge LeDain a fait remarquer:

Le droit maritime canadien est aussi reconnu comme législation fédérale applicable dans l'exercice de la compétence d'amirauté de la Cour. Il n'est pas nécessaire de reproduire ici l'évolution historique évoquée dans des décisions récentes analysant la nature du droit maritime canadien et déterminant à quel moment ledit droit est devenu partie intégrante du droit du Canada. En l'espèce, le problème consiste à déterminer si cette législation reconnaît le genre de réclamation faite par l'Antares dans son action. On n'a pas invoqué à l'appui de la demande toute «autre loi du Canada en matière de navigation ou de marine marchande».

Avec égards, je suis d'avis, au contraire, que les dispositions de l'al. 22(2)a) de la Loi constituent une loi fédérale applicable qui entre dans la catégorie de sujets, «La navigation et les bâtiments ou navires» et qui est expressément conçue pour accorder compétence à la Cour fédérale sur des demandes de la nature de celle présentée ici par l'appelante. Voici le texte de cet alinéa:

22. (2) Sans restreindre la portée générale du paragraphe (1), il est déclaré pour plus de certitude que la Division de première instance a compétence relativement à toute demande ou à tout litige de la nature de ceux qui sont ci-après mentionnés:

- a) *toute demande portant sur le titre, la possession ou la propriété d'un navire ou d'un droit de propriété partiel y afférent ou relative au produit de la vente d'un navire ou d'un droit de propriété partiel y afférent; . . . (J'ai mis des mots en italique.)*

A l'instar du juge LeDain, je ne crois pas qu'il soit nécessaire de revenir sur l'aspect historique

recent decisions to which he refers. These decisions include the judgment of Thurlow A.C.J., in *R. v. Canadian Vickers Limited*⁵, and that of Chief Justice Jaccett in *MacMillan Bloedel Limited v. Canadian Stevedoring Company Limited*⁶, and a further historical review is to be found in the judgment of Mr. Justice Walsh in *Sivaco Wire and Nail Company v. Atlantic Lines & Navigation Company Inc.*⁷, which latter judgment was expressly affirmed in the reasons for judgment of the Chief Justice of this Court delivered when that case was appealed under the name of *Tropwood A.G. and the Owners of the Vessel Tropwood v. Sivaco Wire & Nail Company and Atlantic Lines & Navigation Company, Inc.*⁸, and wherein the Chief Justice again reviewed the admiralty jurisdiction of the Federal Court in finding that it was within that Court's jurisdiction to entertain an action framed both in contract and in tort arising out of damage to an inbound cargo shipped by sea from France to Montreal. I respectfully adopt what the Chief Justice said in this regard in that case and note particularly that he finally concluded that as the case was admittedly governed by the *Federal Court Act*

... it is that Act to which we must look to determine whether the jurisdiction now reposed in the Federal Court to try what I may compendiously call admiralty matters relates to a body of law, which can be attributed to federal competence, upon which the jurisdiction can operate.

In the *Tropwood* case jurisdiction was found to reside in the trial division of the Federal Court by reason of the specific claims referred to in s. 22(2)(e), (h) and (i) of the Act by subs. 2 (h) of which it is declared that the trial division has jurisdiction with respect to any claim or question arising out of

(h) any claim for loss or damage to goods carried in or upon a ship including without restricting the generality of the foregoing loss of or damage to passengers' baggage or personal effects.

⁵ [1978] 2 F.C. 675, 77 D.L.R. (3d) 241.

⁶ [1969] 2 Ex. C.R. 375.

⁷ [1978] 2 F.C. 720, 78 D.L.R. (3d) 529.

⁸ [1979] 2 S.C.R. 157.

examiné dans les arrêts récents auxquels il se réfère. Ces arrêts comprennent le jugement du juge en chef adjoint Thurlow, dans *R. c. Canadian Vickers Limited*⁵, et celui du juge en chef Jaccett dans *MacMillan Bloedel Limited c. Canadian Stevedoring Company Limited*⁶, et l'on trouve un autre examen historique dans le jugement du juge Walsh dans *Sivaco Wire and Nail Company v. Atlantic Lines & Navigation Company Inc.*⁷, jugement qui a été expressément confirmé par les motifs que le Juge en chef de cette Cour a rendus lorsqu'un pourvoi a été interjeté sous l'intitulé *Tropwood A.G. et les propriétaires du navire Tropwood c. Sivaco Wire & Nail Company et Atlantic Lines & Navigation Company, Inc.*⁸; le Juge en chef y a fait un autre examen de la compétence de la Cour fédérale en matière d'amirauté et a conclu que cette cour était compétente pour entendre une action fondée à la fois sur la responsabilité contractuelle et délictuelle pour un dommage subi par une cargaison transportée par mer de la France à Montréal. Avec égards, j'endors l'opinion exprimée par le Juge en chef à ce sujet dans cette affaire et je note particulièrement qu'il a conclu finalement que puisque l'affaire était, de l'avis de tous, régie par la *Loi sur la Cour fédérale*

... c'est cette loi qu'il faut examiner pour décider si la juridiction conférée actuellement à la Cour fédérale de connaître de ce que je qualifierai succinctement d'affaires maritimes, est liée à un ensemble de règles de droit que l'on peut attribuer à la compétence fédérale et sur lequel cette juridiction peut s'exercer.

Dans l'arrêt *Tropwood* la Division de première instance a été jugée compétente en raison des demandes spécifiques énumérées aux al. 22(2)(e), (h) et (i) de la Loi dont l'al. (2)(h) déclare que la Division de première instance a compétence relativement à toute demande ou à tout litige de la nature de ceux qui sont ci-après mentionnés:

(h) toute demande pour la perte ou l'avarie de marchandises transportées à bord d'un navire, et notamment, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, la perte ou l'avarie des bagages ou effets personnels des passagers;

⁵ [1978] 2 C.F. 675, 77 D.L.R. (3d) 241.

⁶ [1969] 2 R.C.É. 375.

⁷ [1978] 2 C.F. 720, 78 D.L.R. (3d) 529.

⁸ [1979] 2 R.C.S. 157.

The same reasoning leads me to the conclusion that the claim here being one as to the appellant's entitlement to possession of a ship, it is within the jurisdiction of the Federal Court pursuant to s. 22(2)(a).

In the course of his reasons for judgment in the Court of Appeal, Mr. Justice LeDain stated the matter at issue as he saw it in the following paragraph:

The question of jurisdiction is whether these claims or any of them may be said to be a 'claim as to title, possession or ownership'. What Antares seeks, broadly speaking, by its claim for specific performance is to obtain the ownership and possession of the ship. As such, it may appear to be asserting a claim as to ownership and possession within the meaning of s. 22(2)(a). *The issue, as I see it, is whether s. 22(2)(a) should be construed as contemplating only petitory and possessory actions, strictly speaking, or whether it should be construed as including an action for the specific performance of a contract of sale.* (The italics are my own.)

The learned judge concluded that the subsection should not be construed "as including an action for the specific performance of a contract of sale". This conclusion, which is basic to the reasoning of the Court of Appeal, appears to me to reflect the strong influence which the American authorities on admiralty jurisdiction had upon Mr. Justice LeDain's whole approach to the problem. This is made plain in the succeeding paragraphs of the reasons for judgment in the Court of Appeal where it is said:

The American courts of admiralty have long held that they have jurisdiction with respect to petitory and possessory actions, which were defined by Story J. in *The "Tilton"*, 5 Mason 465, Fed. Cas. No. 14054 (C.C. Me 1855, as follows:

Suits in the admiralty, touching property in ships, are of two kinds: one called 'petitory' suits, in which the mere title to the property is litigated, and sought to be enforced, independently of any possession, which has previously accompanied or sanctioned that title; the other called 'possessory' suits, which seek to restore to the owner the possession of which he had been unjustly deprived. When that possession has followed a legal title, or as it is sometimes phrased, when there has

Le même raisonnement m'amène à conclure que, puisque la demande porte ici sur le droit de l'appellante à la possession d'un navire, elle relève de la compétence de la Cour fédérale en vertu de l'al. 22(2)a).

Dans les motifs de jugement qu'il a rendus en Cour d'appel, le juge LeDain a énoncé comme suit la question en litige:

La question de compétence consiste à déterminer si ces réclamations, ou l'une quelconque d'entre elles, peuvent être considérées comme des «demandes portant sur le titre, la possession ou la propriété». De façon générale, l'Antares, en réclamant l'exécution intégrale, cherche à obtenir la propriété et la possession du navire. Ainsi, elle peut sembler revendiquer la propriété et la possession au sens de l'article 22(2)a). *Suivant mon interprétation, le litige consiste à déterminer s'il faut entendre l'article 22(2)a) comme envisageant des actions pétitoires et possessoires, au sens strict de ces expressions, ou comme englobant une action pour l'exécution intégrale d'un contrat de vente.* (J'ai mis des mots en italique.)

Le savant juge a conclu qu'il ne fallait pas interpréter l'alinéa «comme englobant une action pour l'exécution intégrale d'un contrat de vente». Cette conclusion, qui est fondamentale au raisonnement de la Cour d'appel, me paraît refléter la forte influence qu'a eue la jurisprudence américaine relative à la compétence en matière d'amirauté sur toute la façon dont le juge LeDain a abordé le problème. Cela se dégage clairement des alinéas ultérieurs de ses motifs où il dit:

Depuis longtemps, les cours d'amirauté des États-Unis ont confirmé leur compétence relativement aux actions pétitoires et possessoires, définies par le juge Story, dans *Le «Tilton»*, 5 Mason 465, Fed. Cas. No. 14054 (C.C. Me 1855), de la façon suivante:

[TRADUCTION] Les poursuites en matière d'amirauté, concernant la propriété des navires, sont de deux sortes: d'un côté, des actions «pétitoires» où seul le titre de propriété fait l'objet de contestation et de mesures d'exécution, indépendamment de toute possession ayant, antérieurement, accompagné ou sanctionné ledit titre; et de l'autre, des actions «possessoires», cherchant à rendre au propriétaire la possession dont il a été injustement privé, lorsque cette posses-

been a possession under a claim of title with a constat of property.

At the same time it is well established that the American courts of admiralty do not have power to order specific performance of a contract or to enforce equitable interests. It has been further held that a contract for the sale of a ship is not a maritime matter within the jurisdiction of admiralty, and this doctrine has been applied to decline admiralty jurisdiction in actions for damages for breach of contract.

The Court of Appeal further cited at length from the case of *Silver v. The Sloop Silver Cloud*⁹, which is to the same effect.

I have been unable to find any Canadian authority adopting the approach taken by the American courts in this regard although there is a considerable body of opinion in the United States itself which does not subscribe to the exclusion of a contract for the sale of a ship from admiralty jurisdiction. Mr. Justice LeDain however, expressed himself as follows, after quoting a substantial body of American case law:

The question, as I see it, is whether there is anything in the history and content of Canadian Maritime law and in the language and statutory context of section 22(2)(a) that require us to give a broader meaning to the claims specified in that head of jurisdiction so as to include the claim for specific performance in the present case.

In finding that s. 22(2)(a) does not have the effect of including a claim such as the one for specific performance in the present case, Mr. Justice LeDain has, as I have indicated, based his reasoning in great measure upon the American authorities which he appears to me to adopt in the following excerpt from his reasons for judgment:

Despite the criticism of the American doctrine that a contract for the sale of a ship is not a maritime matter I am not persuaded that there are compelling reasons for adopting a contrary view.

This adoption of the American doctrine appears to me to run contrary to the English practice which, as I have indicated, forms the foundation of Canadian maritime law.

⁹ (1966), 259 F. Supp. 187.

sion a fait suite à un titre légal, ou, suivant l'expression parfois employée, lorsqu'il y a eu possession en vertu d'une réclamation de titre légal accompagnée d'un constat de propriété.

En même temps, il est bien établi que les cours d'amirauté des États-Unis n'ont pas le pouvoir d'ordonner l'exécution intégrale d'un contrat ou de donner effet à des droits légitimes. Il a aussi été statué que le contrat de vente d'un navire n'est pas une matière maritime relevant de la compétence d'amirauté, et cette doctrine a été appliquée pour soustraire à ladite compétence des actions en dommages-intérêts pour rupture de contrat.

La Cour d'appel a de plus cité de longs extraits de la décision *Silver v. The Sloop Silver Cloud*⁹ qui va dans le même sens.

J'ai été incapable de trouver une décision canadienne qui aborde la question comme le font les cours américaines bien qu'il y ait un fort courant d'opinion aux États-Unis mêmes qui s'oppose à ce qu'un contrat de vente de navire soit exclu de la compétence en matière d'amirauté. Cependant, après avoir cité beaucoup de jurisprudence américaine, le juge LeDain s'exprime comme suit:

A mon avis, la question consiste à déterminer si quelque élément de l'histoire et du contenu du droit maritime canadien, du texte ou du contexte statutaire de l'article 22(2)a exige que soit donné un sens plus large aux réclamations spécifiées dans cette rubrique de compétence, de façon à englober la réclamation d'exécution intégrale introduite dans la présente espèce.

En concluant que l'al. 22(2)a n'a pas l'effet d'inclure une demande comme celle qui, en l'espèce, vise l'exécution intégrale, le juge LeDain a, comme je l'ai déjà dit, fondé son raisonnement en grande partie sur la jurisprudence américaine qu'il me paraît adopter dans le passage suivant de ses motifs:

En dépit des critiques faites par la doctrine américaine selon laquelle un contrat de vente de navire n'est pas une matière maritime, je ne suis pas convaincu qu'il y ait des raisons impérieuses d'adopter une vue contraire.

L'adoption de la doctrine américaine me paraît aller à l'encontre de la pratique anglaise qui, comme je l'ai dit, est à la base du droit maritime canadien.

⁹ (1966), 259 F. Supp. 187.

In this regard it is pointed out in Roscoe's work on *The Admiralty Jurisdiction and Practice of High Court of Justice*, 5th ed. 1931 (at p. 39) that:

This jurisdiction is now, by the Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act, 1925, vested in the High Court, and is assigned to the Probate Division. In pursuance of the authority thus conferred upon it, the Court of Admiralty acquired ample jurisdiction to adjudicate upon all questions of title, *and wherever it became necessary it would inquire into the validity of an alleged sale, or concerning any other circumstances which affected the right of the property in the ship.* (The italics are my own.)

This is the jurisdiction administered by the Federal Court under the provisions of the *Federal Court Act* to which I have referred.

It is interesting from an historical point of view to consider the admiralty jurisdiction administered by the Court of Chancery in England in earlier days. This is exemplified by the case of *Hart v. Herwig*¹⁰, the head note of which reads:

A shipowner of *Hamburg* made, at *Hamburg*, an agreement with a domiciled Englishman for the sale to the Englishman of a *Hamburg* ship whenever she might return from the voyage on which she then was. The ship returned and was by the owner ordered to proceed to *Sunderland*. The master of the ship, who was authorized by the shipowner to act as his agent in the sale, refused to deliver the ship except on certain terms. The purchaser filed a bill against the owner and the master for specific performance. He obtained leave to substitute service on the master for the owner, and moved for an injunction to restrain the Defendants from removing the ship out of the jurisdiction:

Held, that substituted service on the master was effectual and proper:

Held, that the Court had jurisdiction to restrain the Defendants from removing the ship, and injunction granted.

Order of *Malins*, V.C. affirmed.

In the concluding paragraph of his reasons for judgment Mellish, L.J. had this to say:

I am clearly of opinion that we are not in the least degree infringing any rule of the law of nations by saying that this Court, *which is the only Court which can compel the actual specific performance of the con-*

¹⁰ (1873), L.R. 8. Ch. App. 860.

A cet égard, on fait remarquer dans l'ouvrage de Roscoe *The Admiralty Jurisdiction and Practice of High Court of Justice*, 5^e éd. 1931 (à la p. 39) que:

[TRADUCTION] En vertu de la Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act, 1925, cette compétence appartient maintenant à la High Court et est attribuée à la Probate Division. En vertu de l'autorité qui lui est ainsi conférée, la Court of Admiralty a acquis une compétence suffisante pour statuer sur toutes les questions de titre, *et, au besoin, elle fait enquête sur la validité d'une vente alléguée; ou toute autre circonstance qui touche le droit de propriété sur un navire.* (J'ai mis des mots en italique.)

Telle est la compétence de la Cour fédérale en vertu des dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale* que j'ai mentionnées.

Il est intéressant, d'un point de vue historique, d'examiner la compétence en matière d'amirauté exercée autrefois par la Court of Chancery en Angleterre. Elle est illustrée par l'affaire *Hart v. Herwig*¹⁰ dont le sommaire se lit ainsi:

[TRADUCTION] Un armateur de *Hambourg* a signé, à *Hambourg*, avec un Anglais domicilié une convention de vente d'un navire de *Hambourg* au retour du voyage que le navire effectuait alors. Au retour du navire l'armateur a ordonné qu'il se rende à *Sunderland*. Le capitaine du navire, qui était autorisé à agir comme mandataire de l'armateur pour la vente, a refusé de livrer le navire sauf à certaines conditions. L'acheteur a déposé contre l'armateur et le capitaine une requête visant l'exécution intégrale. Il a obtenu permission d'effectuer la signification au capitaine plutôt qu'à l'armateur et a présenté une demande d'injonction visant à empêcher les défendeurs de conduire le navire en dehors de la juridiction:

Jugé, la signification au capitaine est bonne et valable:

Jugé, la Cour est compétente pour interdire au défendeur de conduire le navire en dehors de la juridiction et l'injonction est accordée.

L'ordonnance du V.C. *Malins* est confirmée.

Au dernier alinéa des motifs de son jugement, le lord juge Mellish s'est exprimé comme suit:

[TRADUCTION] Je suis nettement d'avis que nous ne violons absolument aucune règle de droit international en disant que cette Cour, *qui est la seule cour qui puisse ordonner l'exécution intégrale du contrat, a compétence*

¹⁰ (1873), L.R. 8. Ch. App. 860.

tract, has jurisdiction in this case. It is peculiarly a case for the interference of this Court, inasmuch as if specific performance were denied to the Plaintiff he, practically, would get no justice at all, . . . (The italics are my own.)

The Canadian position as of 1921 was reviewed by Mr. Justice MacLennan in *Robillard v. The Sailing Sloop St. Roch and Charland*¹¹, where possession of the ship was ordered to be delivered to the plaintiff and existing bill of sale set aside. The learned judge there said:

The first important question to be decided is:—Is it the Maritime Law of England or the Canadian Law which governs the rights of the parties in respect to plaintiff's claim for title and possession of the sailing sloop *St. Roch*? The Exchequer Court of Canada as a Court of Admiralty is a court having and exercising all the jurisdiction, powers and authority conferred by the Colonial Courts of Admiralty Act, 1890 (Imp.), over the like places, persons, matters and things as are within the jurisdiction of the Admiralty Division of the High Court in England, whether exercised by virtue of a statute or otherwise, and as a Colonial Court of Admiralty it may exercise such jurisdiction in like manner and to as full an extent as the High Court in England.

In *The Gaetano and Maria* 7 P.D. 137, Brett, L.J. at p. 143, said:—

The law which is administered in the Admiralty Court of England is the English Maritime Law. It is not the ordinary municipal law of the country, but it is the law which the English Court of Admiralty, either by Act of Parliament or by reiterated decisions and traditions and principles, has adopted as the English Maritime Law.

Although the Exchequer Court in Admiralty sits in Canada it administers the Maritime Law of England in like manner as if the cause of action were being tried and disposed of in the English Court of Admiralty.

The plaintiff's action is based upon section 4 of the Admiralty Court Act, 1840 (3-4 Vict., ch. 65 Imp.), which provides that the Court of Admiralty shall have jurisdiction to decide all questions as to the title to or ownership of any ship or vessel arising in any cause of possession which shall be instituted in the said Court after the passing of that Act. This is a cause of possession.

26 Halsbury's Laws of England, p. 15, says:—

en l'espèce. Il s'agit spécialement d'un cas où cette Cour peut intervenir puisque, si on refusait l'exécution intégrale au demandeur, en pratique, il n'obtiendrait pas justice, . . . (J'ai mis des mots en italique.)

La position canadienne en 1921 a été examinée par le juge MacLennan dans *Robillard c. Le voilier St. Roch et Charland*¹¹, où l'on a ordonné que la possession du navire soit remise au demandeur et que l'acte de vente existant soit annulé. En l'espèce, le savant juge a dit:

[TRADUCTION] La première question importante à trancher est:—Est-ce le droit maritime anglais ou le droit canadien qui régit les droits des parties relativement à la demande du demandeur visant le titre et la possession du *St. Roch*? La Cour de l'Échiquier du Canada en tant que Cour d'amirauté est une cour ayant et exerçant toute la compétence, les pouvoirs et l'autorité conférés par la *Colonial Courts of Admiralty Act, 1890* (Imp.), sur les mêmes endroits, personnes, matières et choses qui relèvent de la Division d'amirauté de la Haute Cour d'Angleterre, qu'ils soient exercés en vertu d'une loi ou autrement, et, en tant que cour coloniale d'amirauté, elle peut exercer cette compétence de la même manière et dans la même mesure que la Haute Cour d'Angleterre.

Dans *The Gaetano and Maria* 7 P.D. 137, le lord juge Brett a dit à la p. 143:

Le droit qu'applique la Cour d'amirauté d'Angleterre est le droit maritime anglais. Ce n'est pas le droit ordinaire du pays, mais le droit que la cour anglaise d'amirauté a adopté comme droit maritime anglais, soit par loi du Parlement soit par la jurisprudence, les traditions et les principes.

Bien que la Cour de l'Échiquier en sa juridiction d'amirauté siège au Canada, elle applique le droit maritime anglais de la même manière que si la cause d'action était entendue et tranchée par la cour anglaise d'amirauté.

L'action du demandeur se fonde sur l'article 4 de l'Admiralty Court Act, 1840 (3-4 Vict., chap. 65 Imp.), qui dispose que la Cour d'amirauté a compétence pour trancher toutes les questions portant sur le titre ou la propriété d'un navire ou d'un bâtiment, qui se posent dans toute action en possession intentée devant ladite cour après l'adoption de cette loi. Il s'agit d'une action en possession.

Voici ce que l'on lit à 26 Halsbury's Laws of England, à la p. 15:—

¹¹ (1921), 21 Ex. C. R. 132.

¹¹ (1921), 21 R.C.É. 132.

Ownership in a British ship or share therein may be acquired in any of three ways—by transfer from a person entitled to transfer, by transmission or by building. Acquisition by transfer and transmission have been the subject of statutory enactment. Acquisition by building is governed by the common law. Ownership in a British ship or share therein is a question of fact and does not depend upon registration of title. Whether registered or unregistered, a person in whom ownership in fact vests is regarded in law as the owner if registered, as the legal owner; if unregistered, as the beneficial owner.

After discussing the facts, Mr. Justice MacLennan concluded by saying:

The right of the court in a case like this to inquire into the validity of the bills of sale and into all other circumstances affecting the right of property in the sloop is clearly recognized in the Maritime Law of England, as will appear from a reference to the following cases: *The Victor* 13 L.T. 21; *The Empress*, Swabey 160; *The Margaret Mitchell*, Swabey 382; *Gardner v. Gazenove* 1 H. & N. 423, 435 & 436; *Ward v. Dickson* 28 L.J. Ch. 516, 520; *Holderness v. Lamport* 30 L.J. Chan. 489 & 490; *Ward v. Beck*, 32 L.J. C.P. 113 & 116; *The Innisfallen*, L.R. 1 A. & E. 72; *The Jane* 23 L.T., N.S. 791; *The Rose* L.R. 4 A. & E. 6.

It will be seen that I am, with all respect, unable to agree that the American doctrine should be applied in Canada or that s. 22(2)(a) of the *Federal Court Act* is to be so restrictively interpreted as to exclude from its ambit actions claiming specific enforcement of a contract entitling the claimant to "title, possession or ownership of a ship".

There is, however, a further circumstance which in my view puts the jurisdiction of the Federal Court in this action beyond question and that is the express authority entitling the Federal Court to grant an order for specific performance which is to be found in s. 44 of the Act which reads:

44. *In addition to any other relief that the Court may grant or award, a mandamus, injunction or order for specific performance may be granted or a receiver appointed by the Court in all cases in which it appears to the Court to be just or convenient to do so, and any such order may be made either unconditionally or upon*

La propriété d'un navire britannique ou d'une part s'obtient de trois façons—par transfert par une personne qui a le droit de l'effectuer, par cession ou par construction. L'acquisition par transfert et cession ont fait l'objet d'une loi. L'acquisition par construction est régie par la *common law*. La propriété d'un navire britannique ou d'une part est une question de fait et ne dépend pas de l'enregistrement du titre. Qu'il y ait ou non enregistrement, la personne à qui est attribuée en fait la propriété est considérée en droit comme le propriétaire—s'il y a enregistrement, comme le propriétaire en titre; s'il n'y a pas d'enregistrement, comme le propriétaire ayant droit au titre.

Après avoir analysé les faits, le juge MacLennan a conclu en disant:

[TRADUCTION] Le droit de la cour, dans une affaire comme celle-ci, de scruter la validité des contrats de vente et les autres circonstances qui touchent le droit de propriété sur un navire est nettement reconnu en droit maritime anglais, comme on le voit en consultant les décisions suivantes:—*The Victor* 13 L.T. 21; *The Empress*, Swabey 160; *The Margaret Mitchell*, Swabey 382; *Gardner v. Gazenove* 1 H. & N. 423, 435 et 436; *Ward v. Dickson* 28 L.J. Ch. 516, 520; *Holderness v. Lamport* 30 L.J. Chan. 489 et 490; *Ward v. Beck*, 32 L.J. C.P. 113 et 116; *The Innisfallen*, L.R. 1 A. & E. 72; *The Jane* 23 L.T., N.S. 791; *The Rose* L.R. 4 A. & E. 6.

Avec égards, je suis incapable, on l'aura constaté, de reconnaître que la doctrine américaine devrait être appliquée au Canada ou que l'al. 22(2)a) de la *Loi sur la Cour fédérale* doit être interprété de manière assez restrictive pour exclure de sa portée les actions visant à obtenir l'exécution intégrale d'un contrat qui donne au réclamant le droit au «titre, à la possession ou à la propriété d'un navire».

Cependant, il y a un autre point qui, à mon avis, dissipe tout doute quant à la compétence de la Cour fédérale en l'espèce; il s'agit du pouvoir exprès qui permet à la Cour fédérale d'accorder une ordonnance d'exécution intégrale et que l'on trouve à l'art. 44 de la Loi dont voici le texte:

44. *En plus de tout autre redressement que peut accorder la Cour, cette dernière peut accorder un mandamus, une injonction ou une ordonnance d'exécution intégrale ou nommer un séquestre dans tous les cas où il lui paraît juste ou convenable de le faire; toute pareille ordonnance peut être rendue soit sans condition soit*

such terms and conditions as the Court deems just. (The italics are my own.)

This provision appears to me to govern the circumstances of the present case, but Mr. Justice LeDain merely makes glancing reference to the section in the course of the following paragraph of his reasons for judgment:

The Admiralty Court in England and the Federal Court²² have, of course, the power to order specific performance and to enforce equitable interests, and this may appear sufficient to distinguish the American law in respect of the issues in this appeal, but it does not follow merely from the existence of this power in appropriate cases that an action for the specific performance of an agreement to sell, in which there is a clear intention that the property is to pass by subsequent bill of sale, should be considered to be a claim as to ownership within the meaning of s. 22(2)(a).

²² Federal Court Act, s. 44.

With all respect, I must confess that I am one of those to whom it appears that the jurisdiction over actions for specific performance expressly conferred on the Federal Court by s. 44 of the Act does indeed serve to distinguish the American law in respect of the issues in this appeal and that under that section the Federal Court is empowered to grant relief by way of specific performance in all cases in which it appears to it to be just and convenient to do so.

As I have indicated, I am of opinion that the construction placed on s. 22(2)(a) by the Court of Appeal is an unduly narrow one. The claim here is for a declaration that the ship belongs to the respondent Delmar and for an order requiring that company to “deliver the defendant ship to the plaintiff”. We are not concerned here with the merits of the claim; the sole question at issue is whether the Federal Court is clothed with jurisdiction to entertain it and as any claim for delivery, however it may arise, is necessarily a claim of entitlement to transfer of possession and s. 22(2)(a) expressly confers jurisdiction over “any claim or question arising out of a claim to title, possession or ownership of a ship”, I am satisfied that the Federal Court has jurisdiction over the

selon les modalités que la Cour juge équitables. (J’ai mis des mots en italique.)

Cette disposition me paraît s’appliquer aux circonstances de l’espèce, mais le juge LeDain n’en fait mention qu’en passant, à l’alinéa suivant de ses motifs:

Bien entendu, l’Admiralty Court en Angleterre et la Cour fédérale²² ont le pouvoir d’ordonner l’exécution intégrale et de faire observer des droits d’équité, et ceci peut suffire pour distinguer avec le droit des États-Unis relativement aux points litigieux du présent appel, mais, du seul fait de l’existence de ce pouvoir dans des cas appropriés, il ne s’ensuit pas qu’une action en exécution intégrale d’une promesse de vente, où l’intention est clairement exprimée de transférer le droit de propriété par un contrat de vente subséquent, doive être considérée comme une réclamation du droit de propriété au sens de l’article 22(2)a).

²² Loi sur la Cour fédérale, art. 44.

Avec égards, je dois admettre que je suis l’un de ceux à qui il paraît évident que la compétence sur des actions visant l’exécution intégrale conférée expressément à la Cour fédérale par l’art. 44 de la Loi a bien pour effet de permettre d’établir une distinction avec le droit américain relativement aux questions posées dans ce pourvoi et qu’en vertu de cet article la Cour fédérale peut accorder un redressement par voie d’exécution intégrale dans tous les cas où il lui paraît juste et convenable de le faire.

Comme je l’ai dit, je crois que l’interprétation donnée par la Cour d’appel à l’al. 22(2)a est trop restrictive. La présente demande vise à obtenir une déclaration que le navire appartient à l’intimée Delmar et une ordonnance qui exige que la compagnie «délivre le navire défendeur à la demanderesse». Nous n’avons pas à examiner ici le bien-fondé de la demande; la seule question en litige est de savoir si la Cour fédérale a compétence pour l’entendre et, puisque toute demande de livraison, quelle qu’en soit l’origine, est nécessairement une demande qui vise le droit au transfert de la possession et que l’al. 22(2)a confère expressément compétence sur «toute demande ou tout litige portant sur le titre, la possession ou la propriété d’un navire», je suis convaincu que la Cour fédérale a

subject matter of this appeal and I would accordingly allow the appeal and set aside the judgment of the Federal Court of Appeal.

The appellant is entitled to its costs in this Court and in the Federal Court of Appeal.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Langlois, Drouin, Roy, Fréchette and Gaudreau, Quebec.

Solicitors for the respondents Capricorn and Portland Shipping: Gagnon, de Billy, Cantin, Dionne & Martin, Quebec.

Solicitors for the respondent Delmar Shipping: McMaster, Meighen, Montreal.

compétence sur l'objet de ce pourvoi et je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel fédérale.

L'appelante a droit à ses dépens en cette Cour et en Cour d'appel fédérale.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Langlois, Drouin, Roy, Fréchette et Gaudreau, Québec.

Procureurs des intimés Capricorn et Portland Shipping: Gagnon, de Billy, Cantin, Dionne & Martin, Québec.

Procureurs de l'intimée Delmar Shipping: McMaster, Meighen, Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Noël Ouellette *Respondent*.

1979: December 6; 1980: March 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Summary convictions — Appeal costs — Payment by the Crown — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 720(1), 738(4), 744(1), 748, 752.1, 755, 758, 759, 771 — Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 16.

Respondent was found guilty by a summary conviction court of failing to stop at the scene of an accident and ordered to pay a fine of \$250 and costs or one month in jail in default of payment. His appeal to the Superior Court from this judgment was dismissed as to the conviction but allowed as to the sentence, which was reduced to a \$100 fine. In addition, the Superior Court judge ordered the Crown to pay the costs of the appeal, which he set at \$75. Appellant appealed to the Court of Appeal from the part of the judgment which ordered it to pay costs to respondent. A majority of the Court of Appeal dismissed the appeal and in its turn ordered the Crown to pay the costs of this second appeal, amounting to \$200. Hence the appeal to this Court, which must decide whether the Superior Court and the Court of Appeal could order Her Majesty to pay costs to respondent.

Held: The appeal should be dismissed.

The dissenting judge on the Court of Appeal relied on the common law rule in concluding that the Crown cannot be obliged to pay costs. However, this rule is far from being as firm and precise as he considered it to be, and it is by no means certain that at the present time it prevents the courts from ordering the Crown to pay costs. In any case, in the instant case the question can be resolved solely on the basis of the relevant provisions of the *Criminal Code*. As s. 16 of the *Interpretation Act* does not exclude the rule by which the various provisions of the statute are each interpreted in light of the others, ss. 758 and 771(3) of the *Criminal Code* must be interpreted as implicitly binding Her Majesty, when they are read not in isolation but in the context of Part XXIV on summary convictions. With regard to an appeal by trial *de novo* in the Superior Court, Parliament wished to confer on the Superior Court the widest

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Noël Ouellette *Intimé*.

1979: 6 décembre; 1980: 18 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Déclarations sommaires de culpabilité — Frais d'appel — Paiement par la Couronne — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 720(1), 738(4), 744(1), 748, 752.1, 755, 758, 759, 771 — Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 16.

Trouvé coupable de délit de fuite, l'intimé est condamné par une cour des poursuites sommaires à payer une amende de \$250 et les frais ou à un mois de prison à défaut de paiement. Son appel de ce jugement à la Cour supérieure est rejeté quant à la culpabilité mais accueilli quant à la sentence qui est réduite à \$100 d'amende. De plus le juge de la Cour supérieure ordonne à la Couronne de payer les frais d'appel qu'il fixe à \$75. L'appelante se pourvoit devant la Cour d'appel de cette partie du jugement qui la condamne à payer des frais à l'intimé. La majorité de la Cour d'appel rejette l'appel et ordonne à son tour à la Couronne de payer les frais de ce second appel au montant de \$200. D'où le pourvoi devant cette Cour qui doit décider si la Cour supérieure et la Cour d'appel pouvaient ordonner à Sa Majesté de payer des frais à l'intimé.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Le juge dissident de la Cour d'appel s'est fondé sur la règle de *common law* pour affirmer que la Couronne ne peut être condamnée au paiement des frais. Cependant cette règle est loin d'avoir la fermeté et la précision qu'il lui attribue et il n'est pas du tout certain qu'elle empêche encore aujourd'hui les cours de condamner la Couronne aux dépens. Quoi qu'il en soit, en l'espèce, les dispositions pertinentes du *Code criminel* permettent à elles seules de trancher la question. L'article 16 de la *Loi d'interprétation* n'excluant pas la règle selon laquelle les diverses dispositions d'une loi s'interprètent les unes à la lumière des autres, il faut interpréter les art. 758 et 771(3) du *Code criminel* comme liant implicitement Sa Majesté lorsqu'ils sont lus non pas isolément mais dans le cadre de la Partie XXIV relative aux déclarations sommaires de culpabilité. En matière d'appel par procès *de novo* devant la Cour supérieure, le

possible discretion regarding costs, a discretion limited only by what is just and reasonable. In some cases, it would not be either just or reasonable that the Crown be not ordered to pay the costs of the appeal. It follows that the provision of s. 758 is binding on Her Majesty. With regard to the costs of the appeal to the Court of Appeal, they are covered by s. 771(3), which is also binding on Her Majesty. It is worded in terms at least as broad as s. 758, and it would be extraordinary for the Court of Appeal to have powers in the matter of costs less wide than the Superior Court, especially as no action can be brought before it without leave.

Johnson v. The King, [1904] A.C. 817; *Vaithinatha Pillai v. The King-Emperor* (1913), 29 T.L.R. 709; *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway*, [1906] A.C. 204; *Royal Bank of Canada v. Rex*, [1913] A.C. 283, reversing (1911), 17 W.L.R. 508; *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Ritchie Contracting and Supply Company*, [1919] A.C. 999; *Caron v. The King*, [1924] A.C. 999; *Attorney-General for Quebec v. Nipissing Central Ry. Co. and Attorney-General for Canada*, [1926] A.C. 715; *Corporation of the City of Toronto v. The King*, [1932] A.C. 98; *Treasurer of Ontario v. Blonde and Treasurer of Ontario v. Aberdeen*, [1947] A.C. 24; *Attorney-General for Saskatchewan v. Canadian Pacific Ry. Co.*, [1953] A.C. 594; *Attorney-General for Ontario v. Israel Winner*, [1954] A.C. 541; *Russell v. The Queen* (1882), 7 A.C. 829; *Attorney-General of Ontario v. Mercer* (1883), 8 A.C. 767; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 A.C. 117; *Attorney-General for Quebec v. Reed* (1884), 10 A.C. 141; *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437; *British Coal Corporation v. The King*, [1935] A.C. 500; *Attorney-General of Canada v. Jackson*, [1945] 2 D.L.R. 438; *R. v. Guidry*, [1966] 2 C.C.C. 161; *R. v. Higgins* (1977), 1 C.R. (3d) 382; *Ferguson v. Attorney-General of Canada*, [1971] 2 W.W.R. 637; *Re Imperial Canadian Trust*, [1942] 2 D.L.R. 96; *Provincial Treasurer for the Province of Manitoba v. Minister of Finance for Canada*, [1943] S.C.R. 370, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec,¹ dismissing the appeal from a judgment of the Superior Court and ordering the Crown to pay the costs of the appeal. Appeal dismissed.

¹ [1979] C.A. 143.

Parlement a voulu, par l'art. 758, conférer à la cour la discrétion la plus étendue possible en matière de frais, une discrétion qui ne connaisse aucune limite autre que celle du juste et du raisonnable. Or il y a des cas où il ne serait ni juste ni raisonnable que la Couronne ne soit pas condamnée aux frais de l'appel. Il faut en conclure que la disposition de l'art. 758 lie Sa Majesté. Quant aux frais de l'appel devant la Cour d'appel, ils sont régis par le par. 771(3) qui lie aussi Sa Majesté. En effet il est rédigé en termes pour le moins aussi larges que l'art. 758 et il serait anormal que la Cour d'appel ait, en matière de frais, des pouvoirs moins étendus que la Cour supérieure, d'autant plus qu'on ne peut avoir accès à elle sans sa permission.

Jurisprudence: *Johnson v. The King*, [1904] A.C. 817; *Vaithinatha Pillai v. The King-Emperor* (1913), 29 T.L.R. 709; *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway*, [1906] A.C. 204; *Royal Bank of Canada v. Rex*, [1913] A.C. 283, infirmant (1911), 17 W.L.R. 508; *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Ritchie Contracting and Supply Company*, [1919] A.C. 999; *Caron v. The King*, [1924] A.C. 999; *Attorney-General for Quebec v. Nipissing Central Ry. Co. and Attorney-General for Canada*, [1926] A.C. 715; *Corporation of the City of Toronto v. The King*, [1932] A.C. 98; *Treasurer of Ontario v. Blonde and Treasurer of Ontario v. Aberdeen*, [1947] A.C. 24; *Attorney-General for Saskatchewan v. Canadian Pacific Ry. Co.*, [1953] A.C. 594; *Attorney-General for Ontario v. Israel Winner*, [1954] A.C. 541; *Russell v. The Queen* (1882), 7 A.C. 829; *Attorney-General of Ontario v. Mercer* (1883), 8 A.C. 767; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 A.C. 117; *Attorney-General for Quebec v. Reed* (1884), 10 A.C. 141; *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New-Brunswick*, [1892] A.C. 437; *British Coal Corporation v. The King*, [1935] A.C. 500; *Attorney-General of Canada v. Jackson*, [1945] 2 D.L.R. 438; *R. v. Guidry*, [1966] 2 C.C.C. 161; *R. v. Higgins* (1977), 1 C.R. (3d) 382; *Ferguson v. Attorney-General of Canada*, [1971] 2 W.W.R. 637; *Re Imperial Canadian Trust*, [1942] 2 D.L.R. 96; *Provincial Treasurer for the Province of Manitoba c. Ministre des Finances du Canada*, [1943] R.C.S. 370.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹ rejetant l'appel d'un jugement de la Cour supérieure et condamnant la Couronne au paiement des frais de l'appel. Pourvoi rejeté.

¹ [1979] C.A. 143.

Jean-Marie Tanguay, for the appellant.

Richard Perras, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

BEETZ J.—The issue is whether the Superior Court, sitting in appeal from a judgment of a summary conviction court, and the Court of Appeal, sitting in appeal from the judgment thus given by the Superior Court, may order Her Majesty to pay costs to respondent.

The circumstances which gave rise to the case are straightforward and not in dispute.

Respondent was found guilty by a summary conviction court, pursuant to s. 233(2) of the *Criminal Code*, of failing to stop at the scene of an accident, and ordered to pay a fine of \$250 and costs or one month in jail in default of payment. He appealed from the conviction and the sentence to the Superior Court. His appeal was dismissed as to the conviction but allowed as to the sentence, which was reduced to a \$100 fine. Boilard J. of the Superior Court handed down the following judgment regarding the costs of appeal:

[TRANSLATION] That leaves the costs of appeal that may exist, which as Mr. Beaudoin pointed out are now the same as the conviction—and I refer to these when I deal with the appeal from the sentence.

The accused was right to appeal from the sentence. I allowed his appeal, I did not give him a medal, I lowered . . . I reduced the sentence, I made it, in my humble opinion and with the greatest respect for the trial judge, I made it what appeared to me to be adequate. I think it would be unfair to oblige the accused to pay the costs of appeal in order to come before a court and ask it to make, within reasonable and adequate limits, a sentence which he complains of.

I think, as I say, that it would clearly be improper to oblige him to invest a sum of money to ask a court to reduce a penalty which has been imposed on him.

For this reason, I have decided to grant the accused, or rather the appellant, costs which I now set at seventy-five dollars (\$75.00), and I order the Attorney General to pay the said sum of seventy-five dollars (\$75.00) within thirty (30) days of this judgment to the office of

Jean-Marie Tanguay, pour l'appelante.

Richard Perras, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—Il s'agit de décider si la Cour supérieure, siégeant en appel d'un jugement rendu par une cour des poursuites sommaires, et la Cour d'appel, siégeant en appel du jugement ainsi rendu par la Cour supérieure, peuvent ordonner à Sa Majesté de payer des frais à l'intimé.

Les circonstances qui ont donné lieu au litige sont simples et non contestées.

Trouvé coupable de délit de fuite,—art. 233(2) du *Code criminel*,—par une cour des poursuites sommaires, l'intimé est condamné à payer une amende de \$250 et les frais ou à un mois de prison à défaut de paiement. Il interjette appel du jugement de culpabilité et de la sentence à la Cour supérieure. Son appel est rejeté quant à la culpabilité mais accueilli quant à la sentence qui est réduite à \$100 d'amende. Le juge Boilard de la Cour supérieure rend, à propos des frais d'appel, le jugement suivant:

Restent maintenant les frais d'appel qui peuvent exister et qui, comme le souligne maître Beaudoin, sont actuellement les mêmes que la condamnation—et là je m'adresse ou je vise l'appel de la sentence.

L'accusé avait raison de se pourvoir en appel de la sentence. Je lui ai donné raison, je ne lui donne pas une décoration, je baisse . . . je diminue la sentence, je la rends, à mon humble avis et avec beaucoup de déférence pour le premier (1^{er}) magistrat, je la rends à ce qui me semble à mes yeux adéquat. Or, il serait, je pense, injuste de contraindre l'accusé d'assumer les frais d'appel pour s'adresser à un Tribunal et lui demander de rendre, à l'intérieur de limites raisonnables et adéquates, une sentence dont il se plaint.

Je pense que ça serait nettement irrégulier que de le contraindre, dis-je, à investir une somme d'argent pour demander à un Tribunal de diminuer une pénalité à laquelle il a été condamné.

Pour cette raison, je décide d'accorder à l'accusé, ou à l'Appelant plutôt, des frais que je fixe immédiatement à soixante-quinze dollars (\$75.00) et j'ordonne au procureur général de verser ladite somme de soixante-quinze (\$75.00) dans les trente (30) jours du présent jugement

the Clerk of the Peace and the Crown for the district of Terrebonne.

On receipt of the said sum, the Clerk shall pay it to appellant or to any person authorized by the latter to receive it.

Appellant appealed to the Court of Appeal from this judgment, and in a majority decision by Kaufman J., concurred in by Dubé J., the Court dismissed the appeal and in its turn ordered the Attorney General to pay respondent the costs of the appeal, amounting to \$200. Paré J. dissented on the ground that, at common law, [TRANSLATION] "the Crown cannot be obliged to pay costs unless this is expressly provided for by law", and that the provision relating to the appeal heard by the Superior Court, s. 758 of the *Criminal Code*, contains [TRANSLATION] "no provision expressly applicable to Her Majesty", and cannot be applied to her in view of s. 16 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23:

16. No enactment is binding on Her Majesty or affects Her Majesty or Her Majesty's rights or prerogatives in any manner, except only as therein mentioned or referred to.

The dissenting judge would therefore have reversed the judgment of the Superior Court and recommended only that the Attorney General pay the office of the Clerk of the Peace and the Crown the sum of \$75 to be disposed of in accordance with law.

This is the decision against which this appeal is brought.

In my view, the Court of Appeal correctly interpreted the relevant sections of the *Criminal Code*, the provisions of which suffice to dispose of the case. However, before coming to that, it may be useful to show that the common law rule on which the dissenting judge relied is far from being as firm and precise as he considered it to be.

This is how Blackstone states this rule in his *Commentaries on the Laws of England*, 18th ed., 1829, Vol. III, *399:

The king (and any person suing to his use) shall neither pay nor receive costs; for . . . as it is his prerogative not to pay them to a subject, so it is beneath his

au Greffe de la Paix et de la Couronne du district de Terrebonne.

Le greffier, sur réception de ladite somme, devra la remettre à l'Appelant ou à toute personne autorisée par ce dernier à toucher cette somme.

L'appelante entreprend ce jugement en Cour d'appel qui, dans un arrêt majoritaire rendu par le juge Kaufman avec l'accord du juge Dubé, rejette l'appel et ordonne à son tour au Procureur général de payer à l'intimé les frais de l'appel au montant de \$200. Le juge Paré est dissident au motif que, suivant la *common law*, «la Couronne ne peut être contrainte de payer des frais à moins d'une disposition expresse de la loi à ce sujet» et que la disposition relative à l'appel entendu par la Cour supérieure, l'art. 758 du *Code criminel*, ne contient «aucune disposition expressément applicable à Sa Majesté» et ne peut avoir d'effet à son égard vu l'art. 16 de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23:

16. Nul texte législatif de quelque façon que ce soit ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet à l'égard de Sa Majesté ou sur les droits et prérogatives de Sa Majesté, sauf dans la mesure y mentionnée ou prévue.

Le juge dissident aurait donc infirmé le jugement de la Cour supérieure et recommandé seulement au Procureur général de verser au Greffe de la paix et de la couronne la somme de \$75 pour qu'il en soit disposé selon la loi.

C'est cet arrêt que le pourvoi attaque.

A mon avis, la Cour d'appel a correctement interprété les textes pertinents du *Code criminel* dont les dispositions suffisent à trancher le litige. Avant d'y arriver cependant, il peut être utile de montrer que la règle du *common law* sur laquelle se fonde le juge dissident est loin d'avoir la fermeté et la précision qu'il lui attribue.

Voici comment Blackstone exprime cette règle dans ses *Commentaries on the Laws of England*, 18^e éd., 1829, Vol. III, *399:

[TRADUCTION] Les dépens ne doivent pas être adjugés en faveur ou à l'encontre du roi (et de toute personne qui intente des procédures en son nom); car . . . de même

dignity to receive them.

(See, to the same effect, Joseph Chitty, *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown*, 1820, at pp. 310 and 311).

In a frequently cited case, *Johnson v. The King*², the Judicial Committee of the Privy Council announced that it proposed to abide by this rule in the future but qualified it as follows (at p. 825):

... their Lordships are of opinion that, in dealing with costs in cases between the Crown and a subject, this Board ought to adhere to the practice of the House of Lords, and that in future the rule should be that the Crown neither pays nor receives costs unless the case is governed by some local statute, or there are exceptional circumstances justifying a departure from the ordinary rule.

In another case, *Vaithinatha Pillai v. The King-Emperor*³, the Judicial Committee indicated its intention to follow the same policy in criminal cases.

It should be observed, first of all, that the question appears to be regarded as one of practice rather than of prerogative.

It must also be noted that the rule is not absolute: apart from any legislative provision, it contemplates the possibility of derogations which are not identified apart from their exceptional nature.

Furthermore, the *Judicial Committee Act, 1833* (3 & 4 Will. IV, c. 41), one of the principal statutes setting forth the jurisdiction of the Judicial Committee of the Privy Council, includes a provision, s. 15, on the awarding of costs, but does not empower the Judicial Committee either expressly or by implication to award them to the Crown or against it.

In spite of the absence of any enabling legislative provision, and despite the rule which it had

que le roi jouit de la prérogative de ne pas payer les dépens d'un de ses sujets, il serait au-dessous de sa dignité de les percevoir.

(Voir, dans le même sens, Joseph Chitty, *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown*, 1820, aux pp. 310 et 311).

Dans un arrêt fréquemment cité, *Johnson v. The King*², le Comité judiciaire du Conseil Privé annonce son intention de suivre cette règle à l'avenir, mais en la qualifiant dans les termes suivants: (à la p. 825)

[TRADUCTION] ... leurs Seigneuries sont d'avis qu'en ce qui concerne l'adjudication des dépens dans un litige entre la Couronne et un de ses sujets, ce Tribunal doit adopter la pratique de la Chambre des lords et faire sienne la règle selon laquelle les dépens ne peuvent être adjugés en faveur ou à l'encontre de la Couronne à moins que le litige ne soit régi par une loi locale, ou que des circonstances exceptionnelles ne justifient une dérogation à la règle ordinaire.

Dans un autre arrêt, *Vaithinatha Pillai v. King-Emperor*³, le Comité judiciaire exprime son intention de suivre la même politique dans les affaires criminelles.

Il importe d'observer en premier lieu que la question semble être considérée comme une affaire de pratique plutôt que de prérogative.

Il faut noter également que la règle n'est pas absolue: abstraction faite de toute disposition législative, elle comporte la possibilité de dérogations qui ne sont pas identifiées autrement que par leur caractère exceptionnel.

Au surplus, le *Judicial Committee Act, 1833*, (3 & 4 Will. IV, c. 41), l'une des lois principales délimitant la juridiction du Comité judiciaire du Conseil Privé, comprend une disposition, l'art. 15, relative à l'adjudication des dépens, mais n'habilite ni expressément ni implicitement le Comité judiciaire à les adjuger en faveur de la Couronne ou contre elle.

Or, malgré l'absence de disposition législative habilitante, et malgré la règle qu'il venait de se

² [1904] A.C. 817.

³ (1913), 29 T.L.R. 709.

² [1904] A.C. 817.

³ (1913), 29 T.L.R. 709.

just created for itself in *Johnson*, the Judicial Committee, though without mentioning the exceptional nature of the circumstances, at least not expressly, has several times ordered the Crown to pay costs or awarded costs to the Crown, up to the last cases which it heard on Canadian matters: *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway*⁴; *Royal Bank of Canada v. Rex*⁵; *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Ritchie Contracting and Supply Company*⁶; *Caron v. The King*⁷; *Attorney-General for Quebec v. Nipissing Central Ry. Co. and Attorney-General for Canada*⁸; *Corporation of the City of Toronto v. The King*⁹; *Treasurer of Ontario v. Blonde and Treasurer of Ontario v. Aberdeen*¹⁰; *Attorney-General for Saskatchewan v. Canadian Pacific Ry. Co.*¹¹; *Attorney-General for Ontario v. Israel Winner*¹².

In fact, the Judicial Committee merely continued, in the matter of costs, the policy which it followed before the *Johnson* case: *Russell v. The Queen*¹³; *Attorney-General of Ontario v. Mercer*¹⁴; *Hodge v. The Queen*¹⁵; *Attorney-General for Quebec v. Reed*¹⁶; *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*¹⁷.

It is true that, for historical reasons, the conclusion of a decision of the Judicial Committee takes the form, on costs as with anything else, of a recommendation to Her Majesty, but this is purely a matter of form: *British Coal Corporation v. The King*¹⁸, at p. 512.

In Canada, practice appears to have varied at different times and depending on the province. In

donner dans l'arrêt *Johnson*, le Comité judiciaire, sans invoquer, du moins expressément, le caractère exceptionnel des circonstances, a nombre de fois condamné la Couronne aux frais ou adjugé des frais à la Couronne, et ce, jusqu'aux derniers arrêts portant sur des affaires canadiennes: *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway*⁴; *Royal Bank of Canada v. Rex*⁵; *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Ritchie Contracting and Supply Company*⁶; *Caron v. The King*⁷; *Attorney-General for Quebec v. Nipissing Central Ry. Co. and Attorney-General for Canada*⁸; *Corporation of the City of Toronto v. The King*⁹; *Treasurer of Ontario v. Blonde and Treasurer of Ontario v. Aberdeen*¹⁰; *Attorney-General for Saskatchewan v. Canadian Pacific Ry. Co.*¹¹; *Attorney-General for Ontario v. Israel Winner*¹².

En fait, le Comité judiciaire n'a fait que continuer, en matière de dépens, la politique qu'il suivait avant l'arrêt *Johnson*: *Russell v. The Queen*¹³; *Attorney-General of Ontario v. Mercer*¹⁴; *Hodge v. The Queen*¹⁵; *Attorney-General for Quebec v. Reed*¹⁶; *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*¹⁷.

Il est vrai que, pour des raisons historiques, la conclusion d'un arrêt du Comité judiciaire prend, en ce qui concerne les frais comme le reste, la forme d'une recommandation adressée à Sa Majesté, mais il s'agit là de pure forme: *British Coal Corporation v. The King*¹⁸, à la p. 512.

Au Canada, la pratique paraît avoir varié selon les provinces et les époques. En l'absence de dispo-

⁴ [1906] A.C. 204.

⁵ [1913] A.C. 283.

⁶ [1919] A.C. 999.

⁷ [1924] A.C. 999.

⁸ [1926] A.C. 715.

⁹ [1932] A.C. 98.

¹⁰ [1947] A.C. 24.

¹¹ [1953] A.C. 594.

¹² [1954] A.C. 541.

¹³ (1882), 7 A.C. 829.

¹⁴ (1883), 8 A.C. 767.

¹⁵ (1883), 9 A.C. 117.

¹⁶ (1884), 10 A.C. 141.

¹⁷ [1892] A.C. 437.

¹⁸ [1935] A.C. 500.

⁴ [1906] A.C. 204.

⁵ [1913] A.C. 283.

⁶ [1919] A.C. 999.

⁷ [1924] A.C. 999.

⁸ [1926] A.C. 715.

⁹ [1932] A.C. 98.

¹⁰ [1947] A.C. 24.

¹¹ [1953] A.C. 594.

¹² [1954] A.C. 541.

¹³ (1882), 7 A.C. 829.

¹⁴ (1883), 8 A.C. 767.

¹⁵ (1883), 9 A.C. 117.

¹⁶ (1884), 10 A.C. 141.

¹⁷ [1892] A.C. 437.

¹⁸ [1935] A.C. 500.

the absence of legislative provisions empowering them to award costs to the Crown or against it, certain courts have felt themselves bound by *Johnson*: this is what the Supreme Court of Alberta held in *R. v. Royal Bank of Canada*¹⁹; this case was taken on appeal to the Judicial Committee, which on this point disregarded its own decision in *Johnson* and ordered the Crown to pay costs in all courts (*supra*).

The Court of Appeal of New Brunswick also followed this practice in *Attorney-General of Canada v. Jackson*²⁰, a civil case, but reversed field in *R. v. Guidry*²¹, a summary conviction case.

In Nova Scotia, it appears to be the practice to award costs to the Crown, or to order it to pay costs on appeal in summary conviction cases: *R. v. Higgins*²².

In Ontario, legislative provisions empowered the courts to make rules of practice allowing them to order the Crown to pay costs; after these rules were repealed, the custom has continued without legislative foundation; this sequence of events is described in a judgment of the Supreme Court of British Columbia, *Ferguson v. Attorney-General of Canada*²³, and a decision of the Court of Appeal of Manitoba, *Re Imperial Canadian Trust*²⁴, reversed by this Court, but on the merits, and without any particular discussion of the question of costs: *Provincial Treasurer for the Province of Manitoba v. Minister of Finance for Canada*²⁵.

In cases cited in the *Ferguson* judgment, the common law rule is described as an anachronism that should be eliminated. Accordingly, it is by no means certain that at the present time the common law prevents the courts from ordering the Crown to pay costs.

In any case, the question can be resolved solely on the basis of the relevant provisions of the

sitions législatives les habilitant à adjuger les dépens en faveur de la Couronne ou contre elle, certaines cours se sont senties liées par l'arrêt *Johnson*: c'est ce que décide la Cour suprême de l'Alberta dans *R. v. Royal Bank of Canada*¹⁹; cet arrêt sera porté devant le Comité judiciaire qui, sur ce point, méconnaît son propre arrêt *Johnson* et condamne la Couronne aux dépens dans toutes les cours (*supra*).

La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick suit également cette pratique dans *Attorney-General of Canada v. Jackson*²⁰, une affaire civile mais se ravise dans *R. v. Guidry*²¹, une affaire de déclaration sommaire de culpabilité.

En Nouvelle-Écosse, il semble que ce soit la pratique d'allouer des dépens à la Couronne ou de la condamner aux dépens, en appel, dans les affaires de déclaration sommaire de culpabilité: *R. v. Higgins*²².

En Ontario, des dispositions législatives habilitaient les cours à édicter des règles de pratique permettant la condamnation de la Couronne aux dépens: après l'abrogation de ces règles, la coutume s'est perpétuée sans appui législatif; cette évolution est décrite dans un jugement de la Cour suprême de Colombie Britannique que, *Ferguson v. Attorney-General of Canada*²³, et un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba *Re Imperial Canadian Trust*²⁴, infirmé par cette Cour, mais sur le fond, et sans discussion particulière de la question des dépens: *Provincial Treasurer for the Province of Manitoba c. Ministre des Finances du Canada*²⁵.

Dans des affaires citées dans le jugement *Ferguson*, on traite la règle de *common law* d'anachronisme que l'on doit éliminer. Il n'est donc pas du tout certain que la *common law* empêche encore aujourd'hui les cours de condamner la Couronne aux dépens.

Quoi qu'il en soit, les dispositions pertinentes du *Code criminel* permettent à elles seules de tran-

¹⁹ [1913] A.C. 283, reversing (1911), 17 W.L.R. 508.

²⁰ [1945] 2 D.L.R. 438.

²¹ [1966] 2 C.C.C. 161.

²² (1977), 1 C.R. (3d) 382.

²³ [1971] 2 W.W.R. 637.

²⁴ [1942] 2 D.L.R. 96.

²⁵ [1943] S.C.R. 370.

¹⁹ [1913] A.C. 283, infirmant (1911), 17 W.L.R. 508.

²⁰ [1945] 2 D.L.R. 438.

²¹ [1966] 2 C.C.C. 161.

²² (1977), 1 C.R. (3d) 382.

²³ [1971] 2 W.W.R. 637.

²⁴ [1942] 2 D.L.R. 96.

²⁵ [1943] R.C.S. 370.

Criminal Code. However, it should first be noted that s. 16 of the *Interpretation Act*, cited above, no longer includes the word "expressly" as it did formerly. This section does not exclude the rule by which the various provisions of a statute are each interpreted in light of the others, and it is possible that Her Majesty be implicitly bound by legislation if that is the interpretation which the legislation must be given when it is placed in its context. In my view, this is the interpretation that must be given to ss. 758 and 771(3) of the *Criminal Code*, when they are read not in isolation but in the context of Part XXIV on summary convictions.

The first section of Part XXIV, s. 720, contains definitions including the following:

720. (1) In this Part

"informant" means a person who lays an information;

"prosecutor" means an informant or the Attorney General or their respective counsel or agents.

The legislator accordingly intended to refer to the Crown and bind it every time he used the expression "prosecutor". The Crown may thus be ordered to pay costs at trial in the situation contemplated by s. 738(4):

(4) Where the prosecutor does not appear at the time and place appointed for the resumption of an adjourned trial, the summary conviction court may dismiss the information with or without costs.

On the other hand, it would appear that only the informant or the defendant, and not the Crown, may be ordered to pay costs under s. 744(1), since there is no mention of a prosecutor:

744. (1) The summary conviction court may in its discretion award and order such costs as it considers reasonable and not inconsistent with such of the fees established by section 772 as may be taken or allowed in proceedings before that summary conviction court, to be paid

(a) to the informant by the defendant, where the summary conviction court convicts or makes an order against the defendant, or

cher la question. Il faut cependant noter en premier lieu que l'art. 16 de la *Loi d'interprétation*, précité, ne comporte plus comme autrefois le mot «*expressément*». Cet article n'exclut pas la règle selon laquelle les diverses dispositions d'une loi s'interprètent les unes à la lumière des autres, et il est possible que Sa Majesté soit implicitement liée par un texte législatif si telle est l'interprétation que ce texte doit recevoir lorsqu'il est replacé dans son contexte. Or, à mon avis, telle est l'interprétation que doivent recevoir les art. 758 et 771(3) du *Code criminel* lorsqu'ils sont lus non pas isolément mais dans le cadre de la Partie XXIV relative aux déclarations sommaires de culpabilité.

Le premier article de la Partie XXIV, l'art. 720, comporte des définitions dont les suivantes:

720. (1) Dans la présente Partie

«*dénonciateur*» désigne une personne qui dépose une dénonciation;

«*poursuivant*» signifie un dénonciateur ou le procureur général ou leurs avocats ou agents respectifs;

Le législateur entend donc désigner la Couronne et la lier chaque fois qu'il utilise l'expression «*poursuivant*». Ainsi, la Couronne peut être condamnée aux frais, en première instance, dans la situation prévue par l'art. 738(4):

(4) Lorsque le poursuivant ne comparait pas aux temps et lieu désignés pour la reprise d'un procès ajourné, la cour des poursuites sommaires peut rejeter la dénonciation avec ou sans frais.

D'autre part, il semble que seuls le dénonciateur ou le défendeur et non pas la Couronne puissent être condamnés au paiement des frais en vertu de l'art. 744(1) puisqu'il n'y est pas question de poursuivant:

744. (1) La cour des poursuites sommaires peut, à sa discrétion, adjuger et ordonner le paiement des frais qu'elle estime raisonnables et non incompatibles avec ceux des honoraires établis par l'article 772 qui peuvent être prélevés ou admis pour les procédures faites devant cette cour des poursuites sommaires

a) au dénonciateur par le défendeur lorsque la cour des poursuites sommaires déclare ce dernier coupable ou rend une ordonnance contre lui, ou

(b) to the defendant by the informant, where the summary conviction court dismisses an information.

Is there an anomaly here? Although in principle costs are compensatory and not punitive, it is possible that the intent was to discourage, through fear of being ordered to pay costs, private frivolous prosecutions inspired by vindictiveness. Such considerations are deemed not to apply in the case of prosecutions authorized by the Attorney-General or undertaken by him, and in any event the fear of costs would not discourage prosecutions in such a case.

At the appellate level such considerations give way to factors of a different kind, like those mentioned by Boilard J. of the Superior Court in the judgment referred to above. Moreover, ordering the informant to pay costs, which remains possible when the information is dismissed, would mean in practice that the costs would be paid by the Attorney-General when, as in the case at bar, the informant is an officer of the Quebec Police Force authorized by the Attorney-General to act as an informant.

The case at bar is concerned with the costs of appeal, but the foregoing indicates that the legislator specifically contemplated the possibility that the Crown be ordered to pay the costs at trial.

Section 748 gives a right of appeal, in the circumstances which it states, to the defendant, the informant, the Attorney-General of the province or his agent and the Attorney-General of Canada or his agent. To some extent, therefore, it defines the word "appellant", which thus includes the Attorney-General.

Section 752.1 prescribes the procedure when the appellant is the informant:

752.1 (1) The prosecutor in proceedings before a summary conviction court by whom an appeal is taken under section 748 shall, forthwith after filing the notice of appeal and proof of service thereof in accordance with section 750, appear before a justice, and the justice shall, after giving the prosecutor and the respondent a reasonable opportunity to be heard, order that the prosecutor

b) au défendeur par le dénonciateur, lorsque la cour des poursuites sommaires rejette une dénonciation.

Y a-t-il là une anomalie? Quoiqu'en principe les frais soient compensatoires et non punitifs, il est possible que l'on ait voulu décourager, par la crainte d'une condamnation aux frais, les poursuites privées frivoles et inspirées par la vindicte. Ces considérations ne sont pas censées jouer dans le cas de poursuites que le Procureur général autorise ou prend à sa charge et, de toute façon, ce n'est pas la crainte des frais qui découragerait les poursuites dans ce cas.

Au niveau de l'appel, ces considérations laissent la place à des facteurs d'un autre ordre comme ceux que mentionne le juge Boilard de la Cour supérieure, dans le jugement précité. Au surplus, la condamnation du dénonciateur aux frais, qui reste possible lorsque la dénonciation est rejetée, signifierait en pratique que les frais seraient assumés par le Procureur général lorsque, comme en l'espèce, le dénonciateur est un agent de la Sûreté du Québec autorisé à se porter dénonciateur par le Procureur général.

En l'instance, c'est des frais d'appel qu'il s'agit, mais ce qui précède indique que le législateur a spécifiquement prévu la possibilité que la Couronne soit condamnée aux frais dès la première instance.

L'article 748 donne le droit d'appel, dans les circonstances qu'il mentionne, au défendeur, au dénonciateur, au Procureur général de la Province ou son agent et au Procureur général du Canada ou son agent. D'une certaine façon, il définit par là le mot «appelant» qui comprend donc le Procureur général.

L'article 752.1 prescrit la procédure à suivre lorsque l'appellant est le poursuivant:

752.1 (1) Le poursuivant dans des procédures devant une cour des poursuites sommaires qui interjette appel en vertu de l'article 748 doit, immédiatement après le dépôt de l'avis d'appel et de la preuve de sa signification en conformité de l'article 750, comparaître devant un juge de paix, et le juge de paix doit, après avoir donné au poursuivant et à l'intimé la possibilité raisonnable de se faire entendre, ordonner que le poursuivant

- (a) give an undertaking as prescribed in this section, or
- (b) enter into a recognizance in such amount with or without sureties and with or without deposit of money or other valuable security as the justice directs.

(2) The condition of an undertaking or recognizance given or entered into under this section is that the prosecutor will appear personally or by counsel at the sittings of the appeal court at which the appeal is to be heard.

Because the word "prosecutor" is used, these provisions, which deal *inter alia* with security for costs, would be binding on the Attorney-General. This is why the legislator excludes him in s. 752.1(3):

(3) This section does not apply in respect of an appeal taken by the Attorney General or by counsel acting on behalf of the Attorney General.

The same principle is observed in ss. 763, 764(3) and 766(5) in connection with an appeal by stated case.

Furthermore, under the provisions of s. 766(1) and (2), where a summary conviction court refuses to state a case the "appellant" may apply to the Superior Court for an order directing it to proceed, but be ordered to pay costs if he fails. As we have seen, the word "appellant" includes the Attorney-General.

Section 755, relating to an appeal by trial *de novo*, provides that the provisions of ss. 729 to 744 apply *mutatis mutandis* for this purpose, to the extent that these sections are not inconsistent with ss. 748 to 760. It follows that s. 738(4) must be applied to any appeal by trial *de novo*, and that the Crown may be ordered to pay costs when its representative does not appear at the resumption of an adjourned hearing.

Sections 758 and 759(1), relating to trials *de novo* heard by the Superior Court, read as follows:

758. Where an appeal is heard and determined or is abandoned or is dismissed for want of prosecution, the

- a) remette une promesse selon que le prescrit le présent article, ou
- b) contracte un engagement du montant qu'il stipule, avec ou sans caution et avec ou sans dépôt d'argent ou d'autre valeur selon qu'il le stipule.

(2) Une promesse remise ou un engagement contracté en vertu du présent article, sont subordonnés à la condition que le poursuivant comparaitra, en personne ou par l'intermédiaire de son avocat, devant la cour d'appel lors des séances au cours desquelles l'appel doit être entendu.

Parce que l'on y emploie le mot «poursuivant», ces dispositions, qui portent entre autres sur le cautionnement pour frais, lieraient le Procureur général. C'est pourquoi le législateur l'en dispense par l'art. 752.1(3):

(3) Le présent article ne s'applique pas relativement à un appel interjeté par le procureur général ou par un avocat agissant au nom du procureur général.

Le même principe est observé aux art. 763, 764(3) et 766(5) lorsqu'il s'agit d'un appel par voie d'exposé de cause.

Par ailleurs, suivant les dispositions des art. 766(1) et (2), lorsqu'une cour des poursuites sommaires refuse de formuler un exposé de cause, l'«appellant» peut s'adresser à la Cour supérieure pour lui faire enjoindre de s'exécuter, mais être condamné aux frais s'il échoue. Or, nous l'avons vu, l'expression l'«appellant» comprend le Procureur général.

L'article 755, relatif à l'appel par voie de procès *de novo* prescrit que les dispositions des art. 729 à 744 s'appliquent *mutatis mutandis* à cette fin, dans la mesure où ces articles ne sont pas incompatibles avec les art. 748 à 760. Il s'ensuit que l'art. 738(4) doit être appliqué au niveau de l'appel par voie de procès *de novo* et que la Couronne peut être condamnée aux frais lorsque son représentant ne comparait pas lors de la reprise d'un procès ajourné.

Les articles 758 et 759(1) relatifs aux procès *de novo* entendus par la Cour supérieure se lisent comme suit:

758. Lorsqu'un appel est entendu et décidé ou est abandonné ou est rejeté faute de poursuite, la cour

appeal court may make any order with respect to costs that it considers just and reasonable.

759. (1) Where the appeal court orders the appellant or respondent to pay costs, the order shall direct that the costs be paid to the clerk of the court, to be paid by him to the person entitled to them, and shall fix the period within which the costs shall be paid.

By these sections, the legislator indicated his intent to dispense in part at the appellate level with the provisions of s. 744 relating to trial level costs. First, the quantum of the costs is left entirely in the discretion of the Superior Court and is no longer limited by s. 772, to which s. 744 refers. Second, the order to pay costs is no longer tied to the success or failure of the action. Additionally, there is no further mention of an "informant" and a defendant, but, in s. 759(1) there is mention of an "appellant" or a respondent. Finally, it would appear that by s. 758 Parliament wished to confer on the Superior Court the widest possible discretion regarding costs, a discretion limited only by what is just and reasonable. In some cases, it would not be either just or reasonable that the Crown be not ordered to pay the costs of the appeal.

In my opinion the legislator intended, at the appellate level, to place the Attorney-General and the accused on an equal footing from the standpoint of costs, except, as Kaufman J. correctly points out, in the case where he expressly provided to the contrary with regard to the necessity of providing security. The dissenting judge observed that s. 759(3) provides for imprisonment in the event that costs are not paid. In my opinion, this argument is not conclusive: as respondent noted in his brief, s. 759(3) cannot be applied to corporations either, yet these remain subject to s. 759(1).

Accordingly, I conclude that the provision of s. 758 is binding on Her Majesty.

There remains the question of the costs of the appeal to the Court of Appeal. It is covered by s. 771:

771. (1) An appeal to the court of appeal, as defined in section 601 may, with leave of that court, be taken on any ground that involves a question of law alone, against

d'appel peut rendre, relativement aux frais, toute ordonnance qu'elle estime juste et raisonnable.

759. (1) Lorsque la cour d'appel ordonne que l'appellant ou l'intimé acquitte les frais, l'ordonnance doit prescrire que les frais seront versés au greffier de la cour, pour qu'ils soient payés par ce dernier à celui qui y a droit, et elle est tenue de fixer le délai dans lequel les frais doivent être acquittés.

Par ces articles, le législateur manifeste sa volonté d'écarter en partie, au niveau de l'appel, les dispositions de l'art. 744 relatives aux frais en première instance. D'une part, le quantum des frais est entièrement laissé à la discrétion de la Cour supérieure et n'est plus limité par l'art. 772, auquel renvoie l'art. 744. D'autre part, la condamnation aux frais n'est plus liée au succès ou à l'insuccès de la procédure. Au surplus, il n'est plus question de «dénonciateur» et de défendeur mais, à l'art. 759(1), d'«appelant» ou d'intimé. Enfin, il me semble que, par l'art. 758, le Parlement a voulu conférer à la Cour supérieure la discrétion la plus étendue possible en matière de frais, une discrétion qui ne connaisse aucune limite autre que celle du juste et du raisonnable. Or il y a des cas où il ne serait ni juste ni raisonnable que la Couronne ne soit pas condamnée aux frais de l'appel.

Il me paraît qu'au niveau de l'appel, le législateur a voulu placer le Procureur général et l'accusé sur un pied d'égalité au point de vue des frais, sauf, comme le remarque à bon droit le juge Kaufman, dans le cas où il prescrit expressément le contraire à propos de l'obligation de fournir caution. Le juge dissident observe que l'art. 759(3) prévoit l'emprisonnement en cas de non paiement des frais. Cet argument ne me paraît pas décisif: comme l'intimé le fait remarquer dans son mémoire, l'art. 759(3) ne peut s'appliquer non plus aux personnes morales qui restent pourtant sujettes à l'art. 759(1).

J'en arrive donc à la conclusion que la disposition de l'art. 758 lie Sa Majesté.

Reste la question des frais de l'appel devant la Cour d'appel. Elle est régie par l'art. 771:

771. (1) Un appel à la cour d'appel, telle qu'elle est définie dans l'article 601, peut, avec la permission de cette cour, être interjeté, pour tout motif qui comporte une question de droit seulement,

- (a) a decision of a court in respect of an appeal under section 755, or
- (b) a decision of a superior court in respect of a stated case under section 768, except where the superior court to which the case was stated is the Court of Appeal.

(2) Sections 601 to 616 apply *mutatis mutandis* to an appeal under this section.

(3) Notwithstanding subsection (2), the court of appeal may make any order with respect to costs that it considers proper in relation to an appeal under this section.

(4) The decision of the court of appeal may be enforced in the same manner as if it had been made by the summary conviction court before which the proceedings were originally heard and determined.

(5) The Attorney General of Canada has the same rights of appeal in proceedings instituted at the instance of the Government of Canada and conducted by or on behalf of that Government as the Attorney General of a province has under this Part.

In my opinion, subs. (3) of this section is also binding on Her Majesty. First, it is worded in terms at least as broad as s. 758. Secondly, I think it would be extraordinary for the Court of Appeal to have powers in the matter of costs less wide than the Superior Court, especially as no action can be brought before it without leave.

The appeal should be dismissed and, in accordance with the order giving Her Majesty The Queen leave to appeal to this Court, the Attorney-General of Quebec shall pay solicitor and client costs.

Appeal dismissed

Solicitor for the appellant: Guy Fortier, St-Jérôme, Québec.

Solicitor for the respondent: Richard Perras, St-Jérôme, Québec.

- a) de toute décision d'une cour relativement à un appel prévu par l'article 755, ou
- b) d'une décision d'une cour supérieure concernant un exposé de cause d'après l'article 768, sauf lorsque la cour supérieure à laquelle l'exposé de cause a été formulé, est la cour d'appel

(2) Les articles 601 à 616 s'appliquent, *mutatis mutandis*, à un appel prévu par le présent article.

(3) Nonobstant le paragraphe (2), la cour d'appel peut rendre toute ordonnance, quant aux frais, qu'elle estime appropriée relativement à un appel prévu par le présent article.

(4) La décision de la cour d'appel peut être exécutée de la même manière que si elle avait été rendue par la cour des poursuites sommaires devant laquelle les procédures ont, en premier lieu, été entendues et jugées.

(5) Le procureur général du Canada a les mêmes droits d'appel, dans les procédures intentées sur l'instance du gouvernement du Canada et dirigées par ou pour ce gouvernement, que ceux dont est investi le procureur général d'une province aux termes de la présente Partie.

A mon avis, le par. (3) de cet article lie également Sa Majesté. D'abord, il est rédigé en termes pour le moins aussi larges que l'art. 758. Ensuite, il me paraîtrait anormal que la Cour d'appel ait, en matière de frais, des pouvoirs moins étendus que la Cour supérieure, d'autant plus que l'on ne peut avoir accès à elle sans sa permission.

Le pourvoi doit être rejeté et, conformément à l'ordonnance accordant à Sa Majesté La Reine l'autorisation d'interjeter appel à cette Cour, le Procureur général du Québec devra payer les dépens comme entre avocat et client.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Guy Fortier, St-Jérôme, Québec.

Procureur de l'intimé: Richard Perras, St-Jérôme, Québec.

Victuni Aktiengesellschaft (*Appellant in Provincial Court, respondent in Court of Appeal*)
Appellant;

and

Minister of Revenue of the Province of Quebec (*Respondent in Provincial Court, appellant in Court of Appeal*) *Respondent.*

1980: January 24; 1980: April 22.

Present: Pigeon, Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Taxation — Corporate tax — Tax on paid-up capital — Land purchased by mandatary — Contract of prête-nom — Corporation Tax Act, R.S.Q. 1964, c. 67 as am. — Civil Code, arts. 1713, 1716 — Companies Act, R.S.Q. 1964, c. 271, s. 29 — Mortmain Act, R.S.Q. 1964, c. 276.

Appellant (“Victuni”) was incorporated by two companies, S.G.I. and Euramfin, for the sole purpose of purchasing in its name on their behalf, from Place Victoria Co., certain land in exchange for debentures of the latter having a par value of \$10,985,892. When Victuni purchased the land respondent (“the Minister of Revenue”) regarded the sum of \$10,985,892 as paid-up capital, within the meaning of s. 2(3) of the *Corporation Tax Act*, and imposed a tax of one-fifth of one per cent on this capital. The Provincial Court vacated the assessments of the Minister, but the Court of Appeal reversed this judgment, holding that Victuni was absolute owner of the land, and that the land was a part of its assets; hence the appeal to this Court.

Held: The appeal should be allowed.

The question is not whether Victuni was the owner of the subject property, but whether it had an “indebtedness” in an amount equal to the value of this asset. It was proved that Victuni, although it bought the land in its own name, did so only as mandatary of two other companies, which are the real owners and for which it holds the land. Under the general principles of the law of mandate, it is clear that the obligation of a mandatary towards the mandator is not a debt. The person who has bought property on behalf of a third party who wishes to remain unknown is no more indebted for the price paid than he is the owner of the property. The tax on the paid-up capital of companies is a levy imposed on the person exactly like the income tax on individuals.

Victuni Aktiengesellschaft (*Appelante en Cour provinciale, intimée en Cour d’appel*)
Appelante;

et

Le ministre du Revenu de la province de Québec (*Intimé en Cour provinciale, appellant en Cour d’appel*) *Intimé.*

1980: 24 janvier; 1980: 22 avril.

Présents: Les juges Pigeon, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Droit fiscal — Impôt sur les corporations — Taxe sur capital versé — Terrain acquis par un mandataire — Contrat de prête-nom — Loi de l’impôt sur les corporations, S.R.Q. 1964, chap. 67 et mod. — Code civil, art. 1713, 1716 — Loi des compagnies, S.R.Q. 1964, chap. 271, art. 29 — Loi de la mainmorte, S.R.Q. 1964, chap. 276.

L’appelante («Victuni») a été constituée par deux sociétés S.G.I. et Euramfin dans le seul but d’acquérir pour elles, en son nom, de Place Victoria Co., un terrain en échange de débentures de cette dernière d’une valeur nominale de \$10,985,892. Victuni ayant acquis le terrain, l’intimé («le ministre du Revenu») a considéré cette somme de \$10,985,892 comme un capital versé, au sens du par. 2(3) de la *Loi de l’impôt sur les corporations*, et imposé une taxe d’un cinquième de un pour cent sur ce capital. La Cour provinciale a annulé les cotisations du Ministre mais la Cour d’appel, statuant que Victuni était propriétaire absolu du terrain et que celui-ci faisait partie de son actif, a infirmé ce jugement. D’où le pourvoi à cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

La question n’est pas de savoir si Victuni était propriétaire de l’immeuble dont il s’agit mais si elle avait «une dette ou obligation» d’un montant égal à la valeur de ce bien. Ce qui est prouvé, c’est que Victuni, même si elle a acheté le terrain en son nom, ne l’a fait que comme mandataire de deux autres sociétés qui en sont les vrais propriétaires et pour le compte desquelles elle le détient. En droit québécois, le contrat de prête-nom est une forme licite du contrat du mandat. En vertu des principes généraux du mandat, il est clair que l’obligation d’un mandataire envers son mandant n’est pas une dette. Celui qui a acheté un immeuble pour le compte d’un tiers n’est pas plus débiteur du prix payé qu’il est propriétaire de l’immeuble. La taxe sur le capital versé

Any mandatary who holds property on another's behalf is required to report to the tax authorities what he receives on his mandator's behalf, but he is not liable for the tax. Even though Victuni was not registered as a trust company, it had, pursuant to the permit which it held under the *Mortmain Act*, the capacity which it would have had under the *Companies Act* to act as a mandatary in the way it did.

R. v. Légaré, [1978] 1 S.C.R. 275; *Canadian Pioneer Management Ltd. v. Saskatchewan Labour Relations Board*, [1980] 1 S.C.R. 433; *Attorney General for Canada v. Attorney General for the Province of Quebec*, [1947] A.C. 33; *Bank of Toronto v. Lambe*, [1887] 12 A.C. 575, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec, reversing a judgment of the Superior Court. Appeal allowed.

Roger Beaulieu, Q.C., and *Michel Messier*, for the appellant.

Yves Ouellette, André St-Jean and *Michel Legendre*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

PIGEON J.—The judgment against which this appeal is brought with leave of this Court was rendered by the Court of Appeal of the Province of Quebec on July 11, 1978: it reversed the judgment of Judge Jacques Casgrain of the Provincial Court of Quebec, dated July 17, 1975. This judgment vacated three assessments by the Quebec Department of Revenue, determining against appellant (“Victuni”) a paid-up capital of \$10,985,892 and imposing a tax of one-fifth of one per cent on this capital pursuant to the *Corporation Tax Act*, R.S.Q. 1964, c. 67, as amended (the “Act”). In this judgment the essential facts are summarized as follows:

[TRANSLATION] First, it should be said that the facts are clear. It was clearly established by the testimony of Mr. Chialvo and the documents filed by him that S.G.I. and Euramfin created Victuni for the sole purpose of authorizing it to purchase and hold in its name on their behalf, in exchange for Place Victoria debentures (R-13) having a par value of \$10,985,892.00, the land

des compagnies est une contribution imposée à la personne comme l'impôt sur le revenu des particuliers. Le mandataire qui possède un bien pour le compte d'autrui est tenu de faire connaître au fisc ce qu'il perçoit pour le compte de son mandant, mais il n'est pas débiteur de l'impôt. Et même si Victuni n'était pas enregistrée comme compagnie de fidéicommiss, elle avait, conformément au permis qu'elle détenait en vertu de la *Loi sur la mainmorte*, la capacité qu'elle aurait eue en vertu de la *Loi des compagnies*, d'agir comme mandataire de la façon qu'elle l'a fait.

Jurisprudence: *R. c. Légaré*, [1978] 1 R.C.S. 275; *Canadian Pioneer Management Ltd. c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan*, [1980] 1 R.C.S. 433; *Attorney General for Canada v. Attorney General for the Province of Quebec*, [1947] A.C. 33; *Bank of Toronto v. Lambe*, [1887] 12 A.C. 575.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec infirmant un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi accueilli.

Roger Beaulieu, c.r., et *Michel Messier*, pour l'appelante.

Yves Ouellette, André St-Jean et *Michel Legendre*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE PIGEON—L'arrêt attaqué par ce pourvoi formé avec l'autorisation de la Cour a été rendu par la Cour d'appel de la province de Québec le 11 juillet 1978, il infirme le jugement du juge Jacques Casgrain de la Cour provinciale du Québec en date du 17 juillet 1975. Ce jugement annulait trois cotisations du ministère du revenu du Québec établissant contre l'appelante («Victuni») un capital versé de \$10,985,892 et imposant une taxe d'un cinquième de un pour cent sur ce capital en vertu de la *Loi de l'impôt sur les corporations*, S.R.Q. 1964, chap. 67 et modifications (la «Loi»). Dans ce jugement les faits essentiels sont résumés comme suit:

Disons d'abord que les faits sont clairs. Il apparaît en effet clairement, à la lumière du témoignage de M. Chialvo et des documents qu'il a produits, que S.G.I. et Euramfin ont créé Victuni à seule fin de lui confier l'unique mandat d'acquérir et détenir pour eux, en son nom, en échange de débentures, d'une valeur nominale de \$10,985,892.00, de Place Victoria (R-13), le terrain

(R-12) belonging to the latter, the sole object being to bolster the latter's finances by enabling it to show a book profit of \$5,998,318.37 (D-2) on the sale of this land, carried on the said books for \$4,987,573.63 (R-14), the said transaction having thus contributed to reducing its deficit by that amount. The result sought by this isolated transaction was thus obtained.

The trial judge's finding on the law is as follows:

[TRANSLATION] ... The Court considers that in any case Victuni had the legal capacity to purchase and hold the land in question in its name for S.G.I. and Euramfin, and that its purchase price, whatever it may be, cannot be regarded as a part of Victuni's paid-up capital for the purposes of the assessments which it is called upon to pay.

The reasons given by the Court of Appeal for reversing this judgment were stated by Bélanger J.A. as follows:

[TRANSLATION] The Victuni company was incorporated on instructions from S.G.I. and Euramfin, which controlled its issued share capital, but it is nonetheless a separate legal entity. As such, it was a party to the two trust contracts R-4 and R-5 executed with the said companies. Each contract included a mandate and a trust *sui generis* so far as our *Civil Code* is concerned.

It follows that the Victuni company agreed to purchase the Place Victoria land for a fixed price and in its own name. This was done by the deed of sale R-10, which makes no mention of a trust or mandate and which was registered. As of that moment the ownership title, good against third parties, was held by the Victuni company. Under the terms of each contract, it was also agreed that the Victuni company would retain ownership of the land until it disposed thereof in accordance with the instructions of the two companies, the proceeds of the sale, together with any proceeds of rental of the land or other related proceeds, to be received by the mandatary in its own name on behalf of the mandator. Under clause six of each contract the mandator undertook to pay a commission covering management, administrative and other charges "and its proportionate part of rates and taxes". In my opinion, during the period covered by the assessments, the Victuni company remained owner of the land in its own name, and under the terms of the *sui generis* trust, it exercised this right of ownership for the two companies.

(R-12) appartenant à cette dernière, avec l'objet exclusif d'assainir ainsi les finances de celle-ci, en lui permettant de montrer un profit aux livres de \$5,998,318.37 (D-2) sur la vente de ce terrain inscrit auxdits livres pour une valeur de \$4,987.573.63 (R-14), ladite opération ayant ainsi contribué d'autant à la réduction de son déficit. Le résultat recherché par cette opération isolée se trouvait donc alors obtenu.

Sur le droit la conclusion du premier juge est la suivante:

... le tribunal estime que Victuni avait de toute façon la capacité légale d'acquérir et détenir en son nom pour S.G.I. et Euramfin le terrain en cause et que son prix d'achat, quel qu'il soit, ne peut être considéré comme formant partie du capital versé de Victuni pour les fins des cotisations dont paiement lui est réclamé.

Les motifs pour lesquels ce jugement a été infirmé par la Cour d'appel ont été exposés par le juge Bélanger comme suit:

La compagnie Victuni a beau avoir été constituée en corporation sur instructions des sociétés S.G.I. et Euramfin qui contrôlent son capital-actions émis, elle n'en demeure pas moins une entité juridique distincte. Comme telle, elle a été partie aux deux contrats fiduciaires R-4 et R-5, intervenus avec lesdites sociétés. Chaque contrat comporte un mandat et une fiducie «*sui generis*» au regard de notre *Code civil*.

Il en résulte que la compagnie Victuni a accepté d'acheter le terrain de Place Victoria à un prix déterminé et en son nom propre. Ceci a été fait par l'acte de vente de R-10 qui ne mentionne aucune fiducie ni mandat et qui a été enregistré. A compter de ce moment, c'est la compagnie Victuni qui avait le titre de propriété opposable aux tiers. Aux termes de chaque contrat, il avait aussi été convenu que la compagnie Victuni garderait la propriété du terrain jusqu'à ce qu'elle en dispose suivant les instructions des deux sociétés, le produit de la vente, ainsi que tout produit de location du terrain ou autre produit y afférent, devant être encaissés par le mandataire en son propre nom, pour le compte du mandant. En vertu de l'article 6 de chaque contrat, le mandant s'engageait à payer une commission couvrant les frais de gestion, administratifs ou autres «ainsi que la partie lui revenant pour impôts et taxes». A mon avis, pendant la période des cotisations, la compagnie Victuni est demeurée propriétaire en son nom propre du terrain et, aux termes de cette fiducie «*sui generis*», elle a exercé ce droit de propriété pour les deux sociétés.

So far as any person other than the S.G.I. and Euramfin companies is concerned, respondent was the absolute owner as mentioned in the deed of sale. The land was part of its assets and would continue to be so until the end of the trust. In the meantime, as agreed, respondent was sole owner against all other parties except the two companies: it was entitled to exercise all rights and was required to perform all related obligations, including the payment of taxes. Moreover, this is what the parties appear to have contemplated in each contract. This right of ownership was itself in no way limited by the rights of the companies before the end of the trust.

In my opinion the Department, in making its assessment, properly included in the items of paid-up capital in respondent's liabilities the amount corresponding to the cost of the land, which was part of its assets.

I should first point out that the tax in question is not a property tax. It is not a tax on the assets of the companies subject thereto, but on their paid-up capital. The provision imposing it, s. 3(1)(a) of the *Act*, as amended by s. 1 of the statute of 1968, c. 29, reads as follows:

(a) one-fifth of one per centum upon the amount of the paid-up capital of the company.

“Paid-up capital” is defined in s. 2(3) of the *Act*. Of the long enumeration in that section only paras. (c) and (d) were relied on to justify the assessment. They read as follows:

(c) all indebtedness of the company, whether assumed or undertaken by the company, represented by bonds, mortgages, debentures, income bonds, income debentures, liens, notes and any security to which the property of the company is subject;

(d) every other indebtedness of a capital nature.

It can thus be seen that the question that must be asked is not whether Victuni was the owner of the subject property, but whether it had an “indebtedness” in an amount equal to the value of this asset. It was conclusively proved that Victuni, although it bought the land in its own name, did so only as mandatary of two other companies, which are the real owners and for which it holds the land. This fact was not disclosed by the deed filed in the registry office, but it was known to the Department of Revenue when it made the assessment. In response to a request for information, Victuni had

A l'égard de toute personne autre que les sociétés S.G.I. et Euramfin, c'est l'intimée qui était propriétaire absolue tel que le mentionne l'acte de vente. Le terrain faisait partie de son actif et devait continuer à l'être jusqu'à la fin de la fiducie. Entre-temps, tel que convenu, l'intimée était seule propriétaire à l'égard de tous, sauf les deux sociétés: c'est elle qui pouvait en exercer les droits et qui devait en remplir les obligations à l'égard de tous, y compris le fisc. C'est d'ailleurs ce que les parties semblent avoir prévu dans chaque contrat. Ce droit de propriété lui-même n'était aucunement restreint par ceux des sociétés avant la fin de la fiducie.

Je suis d'avis que c'est avec raison que le ministère, pour sa cotisation, a inclus aux postes de capital versé, au passif de l'intimée, le montant correspondant au coût du terrain qui faisait partie de son actif.

Je dois tout d'abord faire observer que la taxe dont il s'agit n'est pas un impôt foncier. Ce n'est pas une taxe sur les biens des compagnies assujetties à cet impôt, mais sur leur capital versé. Le texte qui l'impose, l'al. a) du par. 1 de l'art. 3, de la *Loi*, se lit comme suit avec la modification apportée par l'art. 1, de la loi de 1968, chap. 29:

a) un cinquième de un pour cent sur le montant du capital versé de la compagnie;

Le «capital versé» est défini au par. 3 de l'art. 2 de la *Loi*. De la longue énumération que l'on y trouve, seuls les al. c) et d) ont été invoqués pour justifier la cotisation. Ils se lisent comme suit:

c) toute dette de la compagnie, soit contractée, soit assumée par elle, représentée par des obligations, hypothèques, bons et obligations de revenu, droits de gage, billets, et toutes garanties affectant les biens de la compagnie;

d) toute autre dette ou obligation de nature capitale;

On voit donc que la question qu'il faut se poser n'est pas de savoir si Victuni était propriétaire de l'immeuble dont il s'agit, mais si elle avait une «dette ou obligation» d'un montant égal à la valeur de ce bien. Or, ce qui est prouvé sans contradiction, c'est que Victuni, même si elle a acheté le terrain en son nom, ne l'a fait que comme mandataire de deux autres sociétés qui en sont les vrais propriétaires et pour le compte desquelles elle le détient. Ce fait n'est pas révélé par l'acte déposé au bureau d'enregistrement, mais il était connu du ministère du revenu lors de l'établissement de la

provided copies of the deeds executed between it and the two other companies.

In Quebec law, as in French law, an agreement to act as nominee (*prête-nom*) is a lawful form of the contract of mandate. In the *Civil Code* of Quebec, this appears from art. 1716, which provides:

Art. 1716. A mandatary who acts in his own name is liable to the third party with whom he contracts without prejudice to the rights of the latter against the mandator also.

With reference to this article, it is stated in the *Traité de droit civil du Québec*, Vol. 13, at p. 70:

[TRANSLATION] As to nominees, a contract to act as such is a well-recognized form of mandate in our law (*Canuel v. Belzile* (1922), 33 Que. K.B. 355). In effect, a nominee is just a kind of mandatary . . .

In spite of the absence of a similar provision in the *Code Napoléon* we find the following in the *Traité de droit civil* of Planiol and Ripert, Tome 11, para. 1505 (at pp. 956-957):

[TRANSLATION] 1505. Validity of a contract to act as nominee.—The contract to act as nominee is subject to the general rules governing simulated deeds (*Traité*, VII, Nos. 333 *et seq.*, 971 *et seq.*): accordingly, it is not unlawful in itself. The mandator and mandatary are not required to make their relationship public. Third parties may not object to the simulation when they have no legitimate interest injured . . .

However, the agreement is void if it seeks through the nominee to make a contract which would have been beyond the capacity of the mandator by an ostensible mandate (Baudry-Lacantinerie and Wahl, Nos. 883 *et seq.*; Jossierand, II, No. 1436). Its purpose then is to circumvent the law and it constitutes a fraud.

Under the general principles of the law of mandate, it is clear that the obligation of a mandatary towards the mandator is not a debt. The person who has bought property on behalf of a third party who wishes to remain unknown is no more indebted for the price paid than he is the owner of the property. The true owner is the mandator, and the obligation of the mandatary nominee is to render an account to the mandator and deliver over what he has received on his behalf (*C.C.*, art. 1713).

cotisation. En effet Victuni avait fourni en réponse à une demande de renseignements, des copies des actes intervenus entre elle et les deux autres sociétés.

En droit québécois, comme en droit français, le contrat de prête-nom est une forme licite du contrat du mandat. Dans le *Code civil* du Québec, cela ressort de l'art. 1716 qui dispose:

Art. 1716. Le mandataire qui agit en son propre nom est responsable envers les tiers avec qui il contracte, sans préjudice aux droits de ces derniers contre le mandant.

Au sujet de cet article, on lit au vol. 13 du *Traité de droit civil du Québec*, (à la p. 70):

Quant au prête-nom, ce contrat est une forme de mandat parfaitement reconnu dans notre droit (*Canuel c. Belzile*, (1922), 33 B.R. 355). Le prête-nom n'est au fond qu'un mandataire, . . .

Malgré l'absence d'une semblable disposition au *Code Napoléon* on lit dans le *Traité de droit civil* de Planiol et Ripert, tome 11, par. 1505 (aux pp. 956-957):

1505. Validité du prête-nom.—Le prête-nom obéit aux règles générales des actes simulés (*Traité*, VII, n^{os} 333 *et s.*, 971 *et s.*): il n'est donc pas illicite en soi. Rien n'oblige le mandant et le mandataire à rendre leurs rapports publics. Les tiers ne sauraient se plaindre de la simulation quand ils n'ont pas d'intérêt légitime lésé. . .

Mais la convention est nulle si elle cherche à faire, par prête-nom, un acte qui aurait été interdit au mandant par mandat ostensible (Baudry-Lacantinerie et Wahl, n^{os} 883 *et s.*; Jossierand, II, n^o 1436). Elle vise alors à tourner la loi et constitue une fraude.

En vertu des principes généraux du mandat il est clair que l'obligation d'un mandataire envers son mandant n'est pas une dette. Celui qui a acheté un immeuble pour le compte d'un tiers qui veut rester inconnu, n'est pas plus débiteur du prix payé qu'il n'est propriétaire de l'immeuble. Le vrai propriétaire c'est le mandant et l'obligation du mandataire prête-nom c'est de rendre compte au mandant et de lui remettre ce qu'il perçoit pour lui (*C.c.*, art. 1713). Ce qu'il reçoit, même si c'est de

What he receives, even if it is money, does not belong to him: he is obliged to keep it separate from his own property. It is a crime for him to take control of it so as to make himself a debtor thereof instead of a mandatary: *R. v. Légaré*¹. In the recent decision of this Court, *Canadian Pioneer Management Ltd. v. Saskatchewan Labour Relations Board*², Beetz J. pointed out the importance of this distinction, citing *inter alia* the decision of the Privy Council on unclaimed deposits: *Attorney General for Canada v. Attorney General for the Province of Quebec*³.

With regard to the nature of the tax in question, another decision of the Privy Council respecting the first Quebec statute in this matter clearly stated that the tax in question is a personal tax not property tax: *Bank of Toronto v. Lambe*⁴. This is therefore not a kind of tax of the same nature as the real property taxes levied by municipalities, which of course are payable by the apparent owner, since they are charge on the realty. The tax on the paid-up capital of companies, like the tax on their income, is on the contrary a levy imposed on the person exactly like the income tax on individuals. Any mandatary, apparent or covert, who holds property on another's behalf is required to report to the tax authorities what he receives on his mandator's behalf, but he is not liable for the tax.

At the hearing counsel for the Department of Revenue did not deny that trust companies are not assessed on the value of the property which they administer on behalf of others, only on their own "paid-up capital". However, he maintained that because Victuni was not registered as a trust company under the *Trust Companies Act*, R.S.Q. 1964, c. 287, it must be considered from the standpoint of the Act as the owner of the property and as indebted for its value to the two other companies for which in reality it is a mandatary. It is true that if one looks at the long list of operations which a trust company may be authorized to

l'argent, ne lui appartient pas, il est obligé de le tenir à part de ses biens. C'est un crime pour lui que de s'en emparer de façon à se constituer débiteur au lieu de mandataire: *R. c. Légaré*¹. Dans notre arrêt récent *Canadian Pioneer Management Ltd. c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan*² le juge Beetz a fait ressortir l'importance de cette distinction en citant notamment l'arrêt du Conseil privé sur les dépôts non réclamés: *Attorney General for Canada v. Attorney General for the Province of Quebec*³.

Quant au caractère de la taxe dont il s'agit, un autre arrêt du Conseil privé portant sur la première loi du Québec à ce sujet, a bien fait ressortir qu'il s'agit d'une taxe imposée à la personne et non sur les biens: *Bank of Toronto v. Lambe*⁴. Il ne s'agit donc pas ici d'une taxe de même nature que l'impôt foncier prélevé par les municipalités qui est évidemment exigible du propriétaire apparent, puisqu'il s'agit d'une charge immobilière qui grève l'immeuble. La taxe sur le capital versé des compagnies, tout comme l'impôt sur leur revenu, est au contraire une contribution imposée à la personne exactement comme l'impôt sur le revenu des particuliers. Le mandataire apparent ou occulte qui possède un bien pour le compte d'autrui est tenu de faire connaître au fisc ce qu'il perçoit pour le compte de son mandant, mais il n'est pas débiteur de l'impôt.

A l'audition l'avocat du ministère du revenu n'a pas nié que les compagnies de fidéicommiss ne sont pas cotisées sur la valeur des biens qu'elles administrent pour le compte d'autrui, mais seulement sur leur propre «capital versé». Il a toutefois soutenu que parce que Victuni n'était pas enregistrée comme compagnie de fidéicommiss sous le régime de la *Loi des compagnies de fidéicommiss* (S.R.Q. 1964, chap. 287), elle devait être considérée aux yeux de la *Loi* comme propriétaire de l'immeuble et débitrice de sa valeur envers les deux autres sociétés dont elle est en réalité mandataire. Il est vrai que si l'on examine la longue énumération des

¹ [1978] 1 S.C.R. 275.

² [1980] 1 S.C.R. 433.

³ [1947] A.C. 33.

⁴ (1887), 12 A.C. 575.

¹ [1978] 1 R.C.S. 275.

² [1980] 1 R.C.S. 433.

³ [1947] A.C. 33.

⁴ [1887] 12 A.C. 575.

engage in (s. 2(7) of that Act), what Victuni did will undoubtedly be found included, but nowhere is it provided that only a trust company may perform any of those operations. On the contrary, if one looks at Part I of the *Companies Act*, R.S.Q. 1964, c. 271, it will be seen in s. 29 that a company created by letters patent pursuant to that Act has *inter alia*, and "saving express exclusion", the following powers:

(a) acquire, lease, exchange and hold any moveable or immovable property, rights or privileges and dispose of the same by sale or otherwise;

(p) establish agencies and branches and exercise its powers under the law and its letters patent as principal, mandatary, agent or contractor, either alone or in partnership or in conjunction with any person, society or corporation.

Victuni obtained from the Minister of Financial Institutions, Companies and Cooperatives of Quebec a general permit under the *Mortmain Act* (R.S.Q. 1964, c. 276), a permit which includes the following:

[TRANSLATION] ... grants this corporation a general permit conferring on it the same capacity, with respect to real property, as is enjoyed by a corporation created by letters patent granted by the Minister of Financial Institutions, Companies and Cooperatives.

Additionally, the Provincial Court judge properly observed:

[TRANSLATION] ... if the contract R-10 is void, as learned counsel for the respondent contends, it does not automatically follow that Victuni thereby becomes the absolute owner of the land which is the object of the contract. If the contract is void, it produces no effect and each party to the contract is restored to its prior position: Victuni recovers bond R-13 and Place Victoria land R-12.

On the whole, I conclude that the appeal should be allowed, the judgment of the Court of Appeal set aside and the judgment of the Provincial Court restored with costs throughout against respondent.

opérations que peut être autorisée à effectuer une compagnie de fidéicommiss (art. 2, par. 7 de cette loi), on peut sûrement y faire entrer ce qu'a fait Victuni, mais nulle part on ne trouve que seule une compagnie de fidéicommiss peut faire tous ces actes. Au contraire, si l'on examine la première partie de la *Loi des compagnies* (S.R.Q. 1964, chap. 271) on voit à l'art. 29 qu'une compagnie constituée par lettres patentes sous le régime de cette loi possède notamment les pouvoirs suivants «sauf exclusion expresse»:

a) acquérir, louer, échanger et détenir tous biens meubles et immeubles, droits et privilèges et en disposer par vente ou autrement;

p) établir des agences et des succursales et exercer les pouvoirs lui résultant de la loi et de ses lettres patentes à titre de commettant, de mandataire, d'agent ou d'entrepreneur, soit seule, soit en société ou conjointement avec toute personne, société ou corporation;

Victuni a obtenu du ministre des institutions financières, compagnies et coopératives du Québec un permis général en vertu de la *Loi de la main-morte* (S.R.Q. 1964, c. 276), or ce permis comporte ce qui suit:

... accorde à cette corporation un permis général, lui conférant la même capacité, relativement aux immeubles, que possède une corporation créée par lettres patentes accordées par le ministre des institutions financières, compagnies et coopératives.

Au surplus c'est à bon droit que le juge de la Cour provinciale a écrit:

... si le contrat R-10 est frappé de nullité, comme le prétend le savant procureur de l'intimé, il ne s'ensuit pas automatiquement que Victuni est en conséquence devenue propriétaire absolu du terrain en formant l'objet. Si le contrat est nul, il ne produit pas de fruit et chaque partie au contrat est remise dans son état antérieur: Victuni reprend la débenture R-13 et Place Victoria le terrain R-12.

Sur le tout 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 provinciale avec dépens dans toutes les cours contre l'intimé.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Martineau, Walker, Allison, Beaulieu, Mackell & Clermont, Montreal.

Solicitors for the respondent: St-Jean, Desruisseaux & Associates, Montreal.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Martineau, Walker, Allison, Beaulieu, Mackell et Clermont, Montréal.

Procureurs de l'intimé: St-Jean, Desruisseaux & Associés, Montréal.

Roger Fleurant *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1980: April 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Circumstantial evidence — Acquittal — Assessment of the evidence by the trial judge — No error in law.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Quebec¹ reversing the appellant's acquittal by a judge of the Court of the sessions of the peace² on a charge of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace. Appeal allowed.

Richard Perras, for the appellant.

Michel Saint-Aubin, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We are all of the opinion that this appeal must be allowed. The acquittal by the trial judge was based on his assessment of the evidence and it was not shown to us that the trial judge erred in law. Accordingly, this judgment of the Court of Appeal is set aside and the acquittal is restored.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Beaudoin, Morin & Ass., St-Jérôme, Québec.

Solicitor for the respondent: Michel Saint-Aubin, St-Jérôme, Québec.

¹ C.A.M. 500-10-000451-763.

² C.S.P. Terrebonne 700-01-002852-757.

Roger Fleurant *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1980: 30 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Preuve circonstancielle — Acquittement — Appréciation de la preuve par le juge de première instance — Pas d'erreur de droit.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹ infirmant l'acquittement de l'appelant par un juge de la Cour des sessions de la paix² relativement à l'inculpation de possession d'une arme offensive dans un dessein dangereux pour la paix publique. Pourvoi accueilli.

Richard Perras, pour l'appelant.

Michel Saint-Aubin, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—Nous sommes tous d'avis que ce pourvoi doit être accueilli. L'acquittement par le juge de première instance était sur son appréciation de la preuve et il ne nous a pas été démontré que le premier juge a commis une erreur de droit. Par conséquent, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et l'acquittement est rétabli.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Beaudoin, Morin & Ass., St-Jérôme, Québec.

Procureur de l'intimée: Michel Saint-Aubin, St-Jérôme, Québec.

¹ C.A.M. 500-10-000451-763.

² C.S.P. Terrebonne 700-01-002852-757.

Robert Nick Fotti *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1979: October 23; 1980: February 7.

Present: Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Charge of dangerous driving — Acquittal at trial set aside by Court of Appeal and conviction entered — Accused's conduct not inadvertent negligence — Conduct constituted dangerous driving — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 233(4).

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba¹, allowing the Crown's appeal from the acquittal of the accused on a charge of dangerous driving contrary to s. 233(4) of the *Criminal Code*. Appeal dismissed.

R. H. G. Flett, for the appellant.

J. G. B. Dangerfield, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

BEETZ J.—After a trial without a jury, appellant was acquitted by the County Court on a charge of dangerous driving under s. 233(4) of the *Criminal Code*. His acquittal was set aside by the Manitoba Court of Appeal and a conviction entered, O'Sullivan J.A. dissenting.

The judgment of the Court of Appeal is conveniently reported: *Regina v. Fotti*¹.

I find myself in agreement with the reasons of Matas J.A., concurred in by Freedman C.J.M. and Guy J.A., to which I have nothing useful to add.

The appeal must be dismissed.

Appeal dismissed.

¹ [1979] 1 W.W.R. 652, 45 C.C.C. (2d) 353.

Robert Nick Fotti *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1979: 23 octobre; 1980: 7 février.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz et Chouinard.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Accusation de conduite dangereuse — Acquittement infirmé par la Cour d'appel et condamnation — Accusé ne commettant pas une négligence par inadvertance — Agissement constituant l'infraction de conduite dangereuse — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 233(4).

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba¹, accueillant l'appel interjeté par le ministère public de l'acquittement de l'accusé relativement à une accusation de conduite dangereuse portée en vertu de l'art. 233(4) du *Code criminel*. Pourvoi rejeté.

R. H. G. Flett, pour l'appelant.

J. G. B. Dangerfield, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BEETZ—Après un procès sans jury, la cour de comté a acquitté l'appelant inculpé de conduite dangereuse en vertu de l'art. 233(4) du *Code criminel*. La Cour d'appel du Manitoba a infirmé l'acquittement et prononcé une condamnation, le juge O'Sullivan étant dissident.

L'arrêt de la Cour d'appel est opportunément publié: *Regina v. Fotti*¹.

Je suis en complet accord avec les motifs du juge Matas, auxquels le juge Freedman, juge en chef du Manitoba et le juge Guy ont souscrit, et je n'ai rien d'utile à y ajouter.

Le pourvoi doit être rejeté.

Pourvoi rejeté.

¹ [1979] 1 W.W.R. 652, 45 C.C.C. (2d) 353.

Solicitors for the appellant: Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: Attorney-General of Manitoba, Winnipeg.

Procureurs de l'appellant: Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

David Manhas *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1980: March 12; 1980: March 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Trial — Trial judge declining to grant further adjournment — Power to grant or refuse adjournment — No error established on part of trial judge in the exercise of his discretion.

The accused was convicted after a trial by judge and jury on four counts, two of possession of stolen property, one of breaking and entering business premises and one of breaking and entering a dwelling house. On appeal, two grounds of appeal were argued on behalf of the accused: that the trial judge erred in law in proceeding with the trial when the accused was not represented by counsel; and that the trial judge erred in law in not offering sufficient advice and assistance to the appellant in the course of the trial. The British Columbia Court of Appeal, by a majority, dismissed the appeal. The accused then appealed to this Court.

Held: The appeal should be dismissed.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia dismissing the appellant's appeal against his conviction of two counts of breaking and entering and two counts of possession of stolen property. Appeal dismissed.

Lawrence D. Myers and Robert Dunn, for the appellant.

A. M. Stewart, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—I agree with the view expressed by the majority of the Court of Appeal that, in the circumstances of this case, there was no error of law in the decision of the trial judge in declining to grant a further adjournment of the trial on November 28, 1977. The power to grant or refuse an adjournment was one which could be exercised at the discretion of the trial judge. The appellant has not established that in the exercise of his

David Manhas *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1980: 12 mars; 1980: 18 mars.

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

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

Droit criminel — Procès — Juge du procès refusant un ajournement — Pouvoir d'accorder ou de refuser un ajournement — Aucune erreur du juge du procès dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

L'accusé a été déclaré coupable après un procès par juge et jury sur quatre chefs, deux de recel, un d'introduction par effraction dans les locaux d'une entreprise et un d'introduction par effraction dans une maison d'habitation. En appel, on a fait valoir deux moyens au nom de l'accusé: que le juge du procès a erré en droit en procédant sans que l'accusé ne soit représenté par avocat; et que le juge du procès a erré en droit en n'aidant pas et en ne conseillant pas suffisamment l'appelant au cours du procès. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel à la majorité. L'accusé a alors formé un pourvoi devant cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a rejeté l'appel interjeté par l'appellant de sa déclaration de culpabilité de deux chefs d'introduction par effraction et de deux chefs de recel. Pourvoi rejeté.

Lawrence D. Myers et Robert Dunn, pour l'appellant.

A. M. Stewart, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MARTLAND—Je partage l'opinion de la majorité de la Cour d'appel que, dans les circonstances de cette affaire, le juge du procès n'a pas commis d'erreur de droit en refusant un autre ajournement du procès le 28 novembre 1977. Le pouvoir d'accorder ou de refuser un ajournement en est un que le juge du procès peut exercer discrétionnairement. L'appelant n'a pas établi que dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le

discretion the trial judge failed to act in accordance with proper legal principles.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Hogan, Ritchie & Co., Vancouver.

Solicitors for the respondent: Regional Crown Counsel, Vancouver.

juge du procès a omis de suivre les principes juridiques applicables.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Hogan, Ritchie & Co., Vancouver.

Procureurs de l'intimée: Substitut régional du procureur général, Vancouver.

Steve Bernard *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1980: May 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Charge of breaking and entering to commit a theft — Accused unlawfully at large — Benefit of the doubt — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 306(1)(a).

APPEAL from a majority judgment of the Court of Appeal for Quebec¹ reversing an acquittal, by a judge of the Superior Court, criminal division, on a charge of breaking and entering. Appeal allowed.

Richard Perras, for the appellant.

Pierre Rousseau, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

MARTLAND J.—We all agree with the dissent of Montgomery J.A.

The appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and the acquittal of the appellant is restored.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Beaudoin, Morin & Perras, St-Jérôme.

Solicitor for the respondent: Pierre Rousseau, St-Jérôme.

¹ [1978] C.A. 453.

Steve Bernard *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1980: 1^{er} mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Accusation d'introduction par effraction dans le but de commettre un vol — Accusé en évasion — Bénéfice du doute — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 306(1)a).

POURVOI contre un arrêt majoritaire de la Cour d'appel du Québec¹ infirmant un acquittement, prononcé par un juge de la Cour supérieure, chambre criminelle, à une accusation d'introduction par effraction. Pourvoi accueilli.

Richard Perras, pour l'appellant.

Pierre Rousseau, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été prononcé oralement par

LE JUGE MARTLAND—Nous sommes tous d'accord avec le jugement du juge Montgomery dissident en Cour d'appel.

L'appel est accueilli, le jugement de la Cour d'appel est infirmé et l'acquittement de l'appellant est rétabli.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appellant: Beaudoin, Morin & Perras, St-Jérôme.

Procureur de l'intimée: Pierre Rousseau, St-Jérôme.

¹ [1978] C.A. 453.

Labatt Breweries of Canada Limited
Appellant, Applicant;

and

The Attorney General of Canada *Respondent.*

1979: June 28.

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

ON A MOTION FOR A STAY OF EXECUTION

Practice — Supreme Court of Canada — Declaratory action — Power of Court to stay proceedings pending final determination of appeal — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 70 — Supreme Court Rules, Rule 126 — Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27.

The appellant raised a declaratory action as an agreed way of resolving administrative and constitutional issues concerning the application and validity of certain regulations under the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27. The problems arose from the marketing of a new beer product called and labelled "Labatt's Special Lite". This beer was introduced to and advertized in British Columbia and Ontario. Inspectors seized the beer in British Columbia and threatened seizure in Ontario. Regulation B.02.134 deals with light beer and prescribes that it shall contain not less than 1.2 per cent and not more than 2.5 per cent alcohol by volume. Labatt's Special Lite in its labelling and advertising shows its alcohol content to be 4 per cent. Collier J. in the Federal Court concluded that the Labatt's Special Lite was not exposed in such a manner as to be mistaken for the beverage "light beer" referred to in the regulation. The Court of Appeal reversed this judgment. The appellant then unsuccessfully applied to the Federal Court of Appeal for a stay of further proceedings by the respondent and action by the Department of Consumer and Corporate Affairs pending the appeal to this Court. The appellant thereafter applied to have further proceedings or action against it stayed pending the decision of the Supreme Court of Canada on the merits. The parties had agreed that the issues should be tested by a declaratory action.

Held: The stay of execution should be granted.

Once a matter is before this Court on leave it is, unless there be statutory authority to the contrary, the statute, rules and powers of this Court that govern the

Les Brasseries Labatt du Canada Limitée
Appelante, Requérente;

et

Le procureur général du Canada *Intimé.*

1979: 28 juin.

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

SUR UNE REQUÊTE EN SURSIS D'EXÉCUTION

Pratique — Cour suprême du Canada — Action en jugement déclaratoire — Pouvoir de la Cour de surseoir aux procédures jusqu'à ce que le pourvoi soit tranché — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 70 — Règles de la Cour suprême, règle 126 — Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27.

L'appelante a intenté une action visant à obtenir un jugement déclaratoire comme moyen convenu pour résoudre des questions de droit administratif et constitutionnel concernant l'application et la validité de certains textes réglementaires établis sous le régime de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, chap. F-27. Les problèmes tirent leur origine du lancement en Colombie-Britannique et en Ontario d'une nouvelle bière appelée et étiquetée «Labatt's Special Lite». Des inspecteurs ont saisi la bière en Colombie-Britannique et menacé de faire de même en Ontario. L'article B.02.134 vise la bière légère et prescrit qu'elle doit renfermer au moins 1.2 pour cent et au plus 2.5 pour cent d'alcool par volume. L'étiquetage et la publicité de la Labatt's Special Lite révèlent que le produit renferme 4 pour cent d'alcool par volume. Le juge Collier a conclu que la Labatt's Special Lite n'a pas été présentée de manière à pouvoir être confondue avec la boisson dite «bière légère» mentionnée au règlement. La Cour d'appel a infirmé ce jugement. L'appelante a alors demandé en vain à la Cour d'appel fédérale d'ordonner à l'intimé de surseoir aux procédures et au ministère de la Consommation et des Corporations de surseoir aux mesures d'exécution jusqu'à ce que cette Cour rende jugement. L'appelante a par la suite demandé que l'on sursoie aux procédures ou mesures prises contre elle en attendant la décision de la Cour suprême du Canada sur le fond. Les parties avaient convenu que le différend serait tranché par une action en jugement déclaratoire.

Arrêt: Le sursis d'exécution doit être accordé.

A moins qu'une loi ne prévoit le contraire, lorsqu'un litige est soumis à cette Cour sur autorisation, c'est la loi, les règles et les pouvoirs de cette Cour qui régissent

right to interlocutory relief, by stay or otherwise, pending final disposition of the appeal. The question was therefore whether this Court has the power to make the order suspending the action proposed to be taken by the Department. In this case although the appellant failed in the Federal Court of Appeal it is not under any judicial order to abstain from carrying on business as before. It is however faced with the threat of enforcement by the Department under s. 6 despite the fact that it is appealing the judgment against it. The stay here need not be decided on a balance of convenience. The agreement of the parties to test the issues by declaratory action should be regarded as an agreement that the *status quo ante* would be maintained until all proceedings to final appeal were exhausted. While s. 70 of the *Supreme Court Act* does not apply to provide the stay, Rule 126 may properly be relied on to authorize this Court to grant a stay. Further even absent Rule 126 it should not be taken that this Court is otherwise without power to prevent proceedings pending before it from being aborted by unilateral action.

Keable v. Attorney General of Canada et al., [1978] 2 S.C.R. 135; *Steinberg's Limitée v. Comité Paritaire de l'Alimentation*, [1968] S.C.R. 163; *Laboratoire Pentagone Limitée v. Parke, Davis and Co.*, [1968] S.C.R. referred to.

MOTION for a stay of execution. Stay as sought granted, appeal to be placed at the foot of the current list for hearing in the current term.

D. M. M. Goldie, Q.C., for the appellant, applicant.

W. J. Hobson, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—Administrative and constitutional issues are involved in this litigation which originated in a declaratory action by the appellant against the Attorney-General of Canada as an agreed way of resolving them. The issues concern the application and, if applicable, the validity of certain regulations, and especially regulation B.02.134, under the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27. They arise from the marketing by the appellant of a new beer product called and labelled "Labatt's Special Lite", which was introduced on December 15, 1977 into British

le droit à un redressement interlocutoire, par sursis ou autrement, en attendant la décision finale. Il s'agit donc de déterminer si cette Cour a le pouvoir d'ordonner au ministère de surseoir aux mesures qu'il entend prendre. Même si en l'espèce l'appelante n'a pas eu gain de cause en Cour d'appel fédérale, elle n'est assujettie à aucune ordonnance de la Cour lui interdisant de poursuivre ses affaires. Cependant le ministère la menace d'appliquer l'art. 6 nonobstant le pourvoi. Il n'est pas nécessaire de trancher la question du sursis en l'espèce d'après la théorie du plus grand préjudice pour l'une ou l'autre des parties. L'entente entre les parties de faire trancher leur différend par un jugement déclaratoire doit être considérée comme une entente visant à maintenir le *status quo ante* jusqu'à ce que toutes les procédures, y compris le pourvoi en dernière instance, soient tranchées. Bien que l'art. 70 de la *Loi sur la Cour suprême* ne permette pas d'ordonner un sursis, la règle 126 autorise la Cour à en accorder un. En outre, même si la règle 126 n'existait pas, cela ne signifierait pas que cette Cour n'a pas, en d'autres circonstances, le pouvoir d'éviter que des procédures en instance devant elle avortent par suite d'actions ou de mesures unilatérales.

Jurisprudence: *Keable c. Procureur général du Canada et autres*, [1978] 2 R.C.S. 135; *Steinberg's Limitée c. Comité Paritaire de l'Alimentation*, [1968] R.C.S. 163; *Laboratoire Pentagone Limitée c. Parke, Davis and Co.*, [1968] R.C.S. 269.

RÊQUETE en sursis d'exécution. Le sursis demandé est accordé, le pourvoi est inscrit à la fin du rôle établi pour le présent terme.

D. M. M. Goldie, c.r., pour l'appelante, requérante.

W. J. Hobson, c.r., pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Le litige soulève des questions de droit administratif et constitutionnel; il a été introduit par une demande de l'appelante visant à obtenir un jugement déclaratoire contre le procureur général du Canada et c'est le moyen convenu entre les parties pour résoudre leur différend qui porte sur l'applicabilité et, le cas échéant, la validité de certains textes réglementaires, dont l'art. B.02.134 du règlement établi sous le régime de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, chap. F-27. Le 15 décembre 1977, l'appelante a lancé en Colombie-Britannique et en Ontario une

Columbia and Ontario with attendant advertising. Inspectors under the Act almost immediately seized the beer in British Columbia and threatened seizure of the product in Ontario, with the result that it was withheld from sale in Ontario. The declaratory action followed in the Federal Court in short order.

Regulation B.02.134 deals with light beer and prescribes, *inter alia*, that it shall contain not less than 1.2 per cent and not more than 2.5 per cent alcohol by volume. Labatt's Special Lite, in its labelling and advertising, shows the alcohol content to be 4 per cent. Collier J. concluded, in a judgment delivered on January 10, 1978, that the appellant's Special Lite was not labelled, packaged or advertised in such a manner as to be mistaken for the beverage "light beer", and hence there was no violation of s. 6 of the Act which provides as follows:

6. Where a standard has been prescribed for a food, no person shall label, package, sell or advertise any article in such a manner that it is likely to be mistaken for such food, unless the article complies with the prescribed standard.

The Federal Court of Appeal reversed this judgment on April 11, 1979, holding, after accepting certain findings of fact of the trial judge, that there was a violation of s. 6, and it dismissed the appellant's action. However, because of the importance of the issues which it considered arose in the case, it gave leave to appeal to this Court.

The Department of Consumer and Corporate Affairs, charged with enforcement of the *Food and Drugs Act*, proposed to act on the judgment in its favour, giving Labatt notice by letter of April 27, 1979 that it required compliance with s. 6 of the Act and that it had until June 9, 1979 to withdraw Labatt's Special Lite, as it is presently labelled, packaged and sold, from the market. The appellant applied to the Federal Court of Appeal for a stay of further proceedings by the respondent and action by the Department of Consumer and Corporate Affairs until the appeal to this Court be determined. By judgment of May 10, 1979, the Federal Court of Appeal held that there was noth-

nouvelle bière appelée et étiquetée «Labatt's Special Lite». Des inspecteurs nommés en vertu de la Loi ont presque immédiatement saisi la bière en Colombie-Britannique et menacé de faire de même en Ontario, ce qui en a amené le retrait du marché dans cette province. Peu de temps après, la demande de jugement déclaratoire était présentée à la Cour fédérale.

L'article B.02.134 vise la bière légère et prescrit notamment qu'elle doit renfermer au moins 1.2 pour cent et au plus 2.5 pour cent d'alcool par volume. L'étiquetage et la publicité de la Labatt's Special Lite révèlent que le produit renferme 4 pour cent d'alcool par volume. Dans un jugement rendu le 10 janvier 1978, le juge Collier a conclu que la Special Lite n'avait pas été étiquetée, emballée ou annoncée de telle manière qu'elle pût être confondue avec la boisson dite «bière légère» et que, par conséquent, on n'avait pas contrevenu à l'art. 6 de la Loi dont voici le texte:

6. Lorsqu'une norme a été prescrite pour un aliment, nul ne doit étiqueter, emballer, vendre ou annoncer un article de telle manière qu'il puisse être confondu avec cet autre aliment, à moins que l'article ne soit conforme à la norme prescrite.

Le 11 avril 1979, la Cour d'appel fédérale a infirmé ce jugement, statuant, après avoir accepté certaines conclusions de fait du juge de première instance, que l'on avait contrevenu à l'art. 6; elle a en conséquence rejeté l'action de l'appelante. Cependant, étant donné l'importance des questions soulevées, elle a accordé l'autorisation d'interjeter appel à cette Cour.

Le ministère de la Consommation et des Corporations, chargé de veiller au respect de la *Loi des aliments et drogues*, a décidé d'exécuter le jugement rendu en sa faveur et, par lettre du 27 avril 1979, a avisé Labatt qu'elle devait se conformer à l'art. 6 de la Loi et retirer du marché avant le 9 juin 1979 le produit Labatt's Special Lite tel qu'il était alors étiqueté, emballé et vendu. L'appelante a demandé à la Cour d'appel fédérale d'ordonner à l'intimé de surseoir aux procédures et au ministère de la Consommation et des Corporations de surseoir aux mesures d'exécution jusqu'à ce que cette Cour rende jugement sur le pourvoi. Par un arrêt en date du 10 mai 1979, la Cour d'appel

ing to be stayed and that it had no jurisdiction, in the circumstances, to direct either the respondent or the Department as to what action should or should not be taken.

The appellant, who filed a notice of appeal to this Court on May 8, 1979 in pursuance of the leave given by the Federal Court of Appeal, now applies here for an order to have any further proceedings or action against it stayed pending the decision of this Court on the merits of the appeal. Alternatively, it seeks leave to appeal from the decision of the Federal Court of Appeal of May 10, 1979, with an ancillary order for a stay of further proceedings or action by the respondent or the Department until the appeal on the merits is finally determined.

In my view, unless there be statutory authority to the contrary, once a matter is before this Court on leave given either by this Court or, as in this case, by a properly authorized intermediate Court of Appeal, it is the statute, rules and powers of this Court that govern any right to interlocutory relief, by a stay or otherwise, pending final disposition of the appeal. The question, therefore, is whether this Court has the power to order a suspension of the action proposed to be taken by the Department against the appellant before the appeal which is before this Court is heard and determined.

*Keable v. Attorney-General of Canada et al.*¹ is not in point and is, in a sense, the reverse of the present case. There, the order of the Quebec Court of Appeal for issue of a writ of evocation involved concurrently a suspension of further proceedings by the Keable Commission, pursuant to art. 846 of the Quebec *Code of Civil Procedure*. The application of Keable to lift the suspension was refused on that and other grounds. One of those taken is applicable here, namely, that this Court would be disposing of the appeal in part on an interlocutory motion if it were to lift the suspension and allow the Keable Commission to continue its inquiry before the appeal to this Court on the merits was decided.

fédérale a statué qu'un sursis serait sans objet et qu'elle n'était pas compétente, dans les circonstances, pour dire à l'intimé ou au ministère ce qu'ils devaient faire ou s'abstenir de faire.

L'appelante, qui, conformément à l'autorisation de la Cour d'appel fédérale, a déposé un avis d'appel à cette Cour le 8 mai 1979, demande maintenant à cette Cour d'ordonner que l'on sursoie aux procédures ou mesures prises contre elle en attendant la décision sur le fond. Subsidiairement, elle demande l'autorisation d'interjeter appel de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale du 10 mai 1979 et joint à cette demande une requête visant à obtenir une ordonnance accessoire qui surseoirait à toute autre procédure ou mesure de la part de l'intimé ou du ministère jusqu'à ce que le pourvoi soit tranché sur le fond.

A mon avis, à moins qu'une loi ne prévoie le contraire, lorsqu'un litige est soumis à cette Cour sur son autorisation ou, comme en l'espèce, sur celle d'une cour d'appel compétente, c'est la loi, les règles et les pouvoirs de cette Cour qui régissent tout droit à un redressement interlocutoire, par sursis ou autrement, en attendant la décision sur le pourvoi. Il s'agit donc de déterminer si cette Cour a le pouvoir d'ordonner au ministère de surseoir aux mesures qu'il entend prendre contre l'appelante avant que le pourvoi soit entendu et tranché.

L'arrêt *Keable c. Procureur général du Canada et autres*¹ n'est pas pertinent et, dans un sens, se trouve à l'opposé du présent cas. Dans cette affaire, l'ordonnance de la Cour d'appel du Québec visant la délivrance d'un bref d'évocation comportait également un ordre enjoignant à la commission Keable de surseoir à ses procédures en conformité de l'art. 846 du *Code de procédure civile* du Québec. La requête de Keable visant à faire lever la suspension a été rejetée pour ce motif parmi plusieurs. Un des motifs retenus s'applique ici: cette Cour trancherait le pourvoi en partie sur une requête interlocutoire si elle levait la suspension et permettait à la commission Keable de reprendre son enquête avant la décision sur le fond du pourvoi.

¹ [1978] 2 S.C.R. 135.

¹ [1978] 2 R.C.S. 135.

Here, it is contended by the appellant that this Court would be permitting the appeal to be aborted if, conversely, it should refuse to intervene to stay the proposed course of action by the Department of Consumer and Corporate Affairs.

In taking this last-mentioned ground in the *Keable* case, this Court proceeded on the assumption made both in *Steinberg's Limitée v. Comité Paritaire de l'Alimentation*² and in *Laboratoire Pentagone Limitée v. Parke, Davis and Co.*³ that it had power to grant interlocutory relief of the kind sought in *Keable* and now sought here. Each of those cases involved an application to stay the operation of an injunction against the appellant. In the *Steinberg* case, it was an injunction to compel compliance with a store closing decree. In the *Laboratoire Pentagone* case, it was an injunction against infringement of a patent which would expire a year hence. In both cases this Court (in the second, by a majority decision) refused to grant a stay, notwithstanding that it was urged there that the appellant would suffer irrecoverable loss if the stay was refused and its appeal on the merits should succeed. In both cases, the Court was of opinion that the stay would give the appellant an unfair advantage if it should fail in its appeal; and, on a balance of convenience, it was better to let the injunction stand. In the second case, the short period left for the patent was a consideration for the majority in refusing a stay.

The present case, in my opinion, is different from the two above-mentioned. Although the appellant failed in the Federal Court of Appeal, it is not under any judicial order to abstain from carrying on business as before. It is, however, faced with the threat of enforcement by the Department of s. 6 of the Act, despite the fact that it is appealing the judgment against it. An affidavit by an officer of the appellant in support of its motion was summarized in its material assertions by its counsel in his factum as follows:

² [1968] S.C.R. 163.

³ [1968] S.C.R. 269.

En l'espèce, l'appelante prétend que cette Cour ferait avorter le pourvoi si elle refusait d'intervenir et d'ordonner au ministère de la Consommation et des Corporations de surseoir aux mesures qu'il entend prendre.

En retenant ce dernier moyen dans l'arrêt *Keable*, cette Cour a présumé, tout comme dans les arrêts *Steinberg's Limitée c. Comité Paritaire de l'Alimentation*² et *Laboratoire Pentagone Limitée c. Parke, Davis and Co.*³, qu'elle avait le pouvoir d'accorder le genre de redressement interlocutoire demandé dans *Keable* et maintenant demandé dans la présente affaire. Ces deux arrêts-là portent sur une requête visant à surseoir à l'exécution d'une injonction rendue contre chacune des appelantes. Dans *Steinberg*, l'injonction enjoignait à la compagnie d'observer un décret de fermeture des magasins. Dans *Laboratoire Pentagone*, l'injonction interdisait la contrefaçon d'un brevet qui devait expirer un an plus tard. Dans les deux cas, la Cour (par un arrêt majoritaire dans le second) a rejeté la requête malgré la prétention que l'appelante subirait un préjudice irréparable si le sursis n'était pas accordé et si son pourvoi sur le fond était accueilli. Dans les deux cas, la Cour a estimé qu'un sursis avantagerait indûment l'appelante si le pourvoi n'était pas accueilli et qu'il était préférable, en considérant où serait le plus grand préjudice pour l'une ou l'autre des parties, de maintenir l'injonction. Dans le second cas, la décision de la majorité de refuser le sursis était en partie fondée sur l'expiration à court terme du brevet.

A mon avis, la présente espèce diffère des deux affaires précitées. Même si l'appelante n'a pas eu gain de cause en Cour d'appel fédérale, elle n'est assujettie à aucune ordonnance de la Cour lui interdisant de poursuivre ses affaires. Cependant le ministère la menace d'appliquer l'art. 6 de la Loi nonobstant le pourvoi. Voici en quels termes l'avocat de l'appelante résume, dans son factum, les points essentiels d'un affidavit produit par un dirigeant de l'appelante à l'appui de sa requête:

² [1968] R.C.S. 163.

³ [1968] R.C.S. 269.

- (a) the removal of "Labatt's Special Lite" from the market will take away the factual basis of the appeal to this Honourable Court;
- (b) the removal of "Labatt's Special Lite" from the market will require Labatt's to introduce a new brand name and to incur substantial sums in marketing the new brand name;
- (c) the removal of "Labatt's Special Lite" from the market will make it impracticable to re-introduce "Labatt's Special Lite" at some later date in the event that the appeal from the decision of the Federal Court of Appeal is successful; and
- (d) in any event, Labatt's will incur substantial expenses for which, in the circumstances, Labatt's could not be compensated.

Counsel for the respondent produced an affidavit by an officer of the Department in which he deposed that if the appellant was allowed in the meantime to continue with the sale of the challenged product, it would have an unfair advantage over the products of three other companies who produce light beer which complies with the standards under the Act and Regulations. (One of these products, it appears, is marketed in Newfoundland where there is no competition with the appellant.) In my opinion, however, this is not a case where the question of stay is to be decided on a balance of convenience.

The parties had agreed that the issue of compliance with, or the applicability or validity of the relevant statute and regulations would be tested by a declaratory action, and I regard this as an agreement that the *status quo ante* would be maintained until all judicial proceedings through to ultimate appeal were exhausted. The only question that remains is whether this Court may enforce a stay in favour of the appellant in pursuance of the agreement aforementioned.

I quite agree, for the reasons given in the *Keable* case, that s. 70 of the *Supreme Court Act* does not apply here to provide a stay in favour of the appellant. It appears to me, however, that Rule 126 may properly be relied on in proceedings such as those now before us to authorize this Court to

- [TRADUCTION] a) Le retrait de la «Labatt's Special Lite» du marché ferait disparaître les données factuelles à la base du pourvoi devant cette honorable Cour;
- b) le retrait de la «Labatt's Special Lite» du marché obligerait Labatt à donner un nouveau nom à son produit et à engager une somme d'argent considérable pour le lancer sur le marché;
 - c) le retrait de la «Labatt's Special Lite» du marché empêcherait, à toutes fins pratiques, la compagnie de réintroduire la «Labatt's Special Lite» sur le marché si son pourvoi à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale était accueilli; et
 - d) quoi qu'il en soit, Labatt devrait engager des dépenses considérables pour lesquelles, dans les circonstances, elle ne pourrait pas être indemnisée.

Dans un affidavit déposé par l'avocat de l'intimé, un fonctionnaire du ministère déclare que si l'appelante est autorisée à continuer de vendre le produit litigieux dans l'intervalle, elle profitera d'un avantage injuste par rapport aux produits de trois autres compagnies qui fabriquent une bière légère conforme aux normes édictées par la Loi et le Règlement. (Il appert qu'un de ces produits est vendu à Terre-Neuve et n'entre pas en concurrence avec le produit de l'appelante.) Cependant, à mon avis, la présente affaire n'en est pas une où la question du sursis doit être tranchée d'après la théorie du plus grand préjudice pour l'une ou l'autre des parties.

Les parties ont convenu que la question de l'observation, de l'applicabilité ou de la validité de la loi et des règlements pertinents devrait être tranchée par un jugement déclaratoire et j'estime qu'elles se sont dès lors entendues pour maintenir le *status quo ante* jusqu'à ce que toutes les procédures judiciaires, y compris le pourvoi en dernière instance, soient tranchées. Il reste donc seulement à déterminer si cette Cour peut imposer un sursis en faveur de l'appelante conformément à cette entente.

Pour les mêmes motifs que ceux exprimés dans l'arrêt *Keable*, j'estime que l'art. 70 de la *Loi sur la Cour suprême* ne permet pas en l'espèce d'ordonner un sursis en faveur de l'appelante. Cependant, je suis d'avis que la règle 126 autorise la Cour, dans des procédures comme les présentes, à

grant a stay and to impose such terms as we see fit. The Rule is as follows:

RULE 126.—Any party against whom judgment has been given, or an order made, may apply to the Court or a Judge for a stay of execution or other relief against such a judgment or order, and the Court or Judge may give such relief and upon such terms as may be just.

It was contended that the Rule relates to judgments or orders of this Court and not to judgments or orders of the Court appealed from. Its formulation appears to me to be inconsistent with such a limitation. Nor do I think that the position of the respondent that there is no judgment against the appellant to be stayed is a tenable one. Even if it be so, there is certainly an order against the appellant. Moreover, I do not think that the words of Rule 126, authorizing this Court to grant relief against an adverse order, should be read so narrowly as to invite only intervention directly against the order and not against its effect while an appeal against it is pending in this Court. I am of the opinion, therefore, that the appellant is entitled to apply for interlocutory relief against the operation of the order dismissing its declaratory action, and that this Court may grant relief on such terms as may be just.

An obvious term to consider was the expediting of the hearing of the appeal. Counsel for the parties relieved this Court from the need to consider the imposition of such a term by counsel for the appellant agreeing to expedite the appeal and by counsel for the respondent agreeing to a stay of any steps to enforce s. 6 of the *Food and Drugs Act* and Regulations if the hearing of the appeal be expedited and until it be determined by the Court. This Court, therefore, ordered, at the conclusion of the hearing of appellant's motion that there be a stay as sought by the appellant and that the appeal be placed at the foot of the current list to be heard this term. Counsel were to attend upon the Chief Justice in Chambers for necessary directions in connection with the appeal.

accorder un sursis aux conditions qu'elle estime appropriées.

Règle 126.—Une partie contre qui un jugement est prononcé ou une ordonnance rendue peut demander à la cour ou à un juge un sursis d'exécution ou autre recours contre ledit jugement ou ladite ordonnance. La cour ou le juge peut accorder ledit recours aux conditions réputées équitables.

On prétend que cette règle s'applique aux jugements ou ordonnances de cette Cour et non aux jugements ou ordonnances de la cour dont on interjette appel. Le texte de la règle me paraît inconciliable avec une pareille interprétation. En outre, la thèse de l'intimé selon laquelle il n'existe aucun jugement dont l'exécution puisse être suspendue me semble intenable et, même si c'était le cas, il est clair qu'une ordonnance a été rendue contre l'appelante. De plus, la règle 126, qui autorise cette Cour à accorder un redressement contre une ordonnance, ne doit pas être interprétée de façon à permettre à la Cour d'intervenir uniquement contre l'ordonnance et non contre son effet s'il y a un pourvoi contre cette ordonnance devant cette Cour. En conséquence, l'appelante a le droit de demander un redressement interlocutoire visant le sursis d'exécution de l'ordonnance qui rejette son action déclaratoire et cette Cour a le pouvoir d'accorder un redressement aux conditions qu'elle estime équitables.

A ce titre, la rapidité avec laquelle le pourvoi est entendu est une condition évidente. L'avocat de l'appelante ayant convenu de procéder rapidement à l'audition du pourvoi et l'avocat de l'intimé ayant convenu de surseoir aux mesures visant à exiger le respect de l'art. 6 de la *Loi des aliments et drogues* et du Règlement si le pourvoi est entendu rapidement, et ce jusqu'à la décision de la Cour, celle-ci n'a pas à considérer la nécessité d'imposer une telle condition. En conséquence, cette Cour a ordonné, à la fin de l'audition de la requête de l'appelante, le sursis d'exécution demandé par l'appelante et l'inscription du pourvoi à la fin du rôle établi pour le présent terme. Les avocats devaient s'adresser au Juge en chef en chambre pour obtenir les directives dont ils auraient besoin relativement au pourvoi.

Although I am of the opinion that Rule 126 applies to support the making of an order of the kind here agreed to by counsel for the parties, I would not wish it to be taken that this Court is otherwise without power to prevent proceedings pending before it from being aborted by unilateral action by one of the parties pending final determination of an appeal.

Stay of execution granted.

Solicitors for the applicant: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitor for the respondent: R. Tassé, Ottawa.

Même si j'estime que la règle 126 s'applique et permet le prononcé d'une ordonnance de la nature de celle convenue par les avocats des parties, cela ne signifie pas que cette Cour n'a pas, en d'autres circonstances, le pouvoir d'éviter que des procédures en instance devant elle avortent par suite de l'action unilatérale d'une des parties avant la décision finale.

Sursis d'exécution accordé.

Procureurs de la requérante: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureur de l'intimé: R. Tassé, Ottawa.

Robert Thomas Martineau *Appellant*;

and

Matsqui Institution Disciplinary Board
Respondent.

1979: May 3; 1979: December 13.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Jurisdiction — Certiorari — Disciplinary offence — Penitentiary disciplinary board — Inmate committed to special corrections unit — Jurisdiction of Trial Division of Federal Court of Canada — Judicial discretion — Duty to act fairly — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 18 — Penitentiary Act, R.S.C. 1970, c. P-6, s. 29 — Penitentiary Service Regulations and Directives.

For a disciplinary offence dealt with as “flagrant or serious”, the appellant, an inmate of a federal penitentiary, was sentenced by the respondent Board to 15 days in the penitentiary’s special corrections unit. He made application to the Federal Court for *certiorari* in the Trial Division and for judicial review under s. 28 of the *Federal Court Act* before the Court of Appeal. This application was dealt with first while the other was kept pending. It was dismissed by the Federal Court of Appeal and this dismissal was affirmed by a majority in this Court ([1978] 1 S.C.R. 118).

After the disposition of the application under s. 28 to review and set aside the respondent’s order, proceedings were resumed on the application under s. 18 for *certiorari* in the Trial Division. The parties appeared before Mahoney J. who issued an order that the Court had jurisdiction ([1978] 1 F.C. 312). He concluded that the respondent Board had a duty to act fairly in arriving at its decision to impose a punishment and that the Trial Division had jurisdiction to quash such an order by way of writ of *certiorari* if it was of the view that the tribunal had not acted fairly. However, dealing only with a preliminary point of law relating to jurisdiction, he did not have to decide whether, on the facts of the case, the respondent had acted in an unfair manner.

Robert Thomas Martineau *Appellant*;

et

Le Comité de discipline de l’Institution de Matsqui *Intimé*.

1979: 3 mai; 1979: 13 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Compétence — Certiorari — Infraction disciplinaire — Comité de discipline du pénitencier — Détenu condamné à l’unité spéciale de correction — Compétence de la Division de première instance de la Cour fédérale du Canada — Pouvoir discrétionnaire judiciaire — Obligation d’agir équitablement — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 18 — Loi sur les pénitenciers, S.R.C. 1970, chap. P-6, art. 29 — Règlement sur le service des pénitenciers et directives.

Pour une infraction à la discipline considérée «flagrante ou grave», l’appelant, détenu dans un pénitencier fédéral, a été condamné par le Comité intimé à passer 15 jours à l’unité spéciale de correction du pénitencier. Il a présenté une demande de *certiorari* à la Division de première instance de la Cour fédérale et, en vertu de l’art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, une demande d’examen à la Cour d’appel. Cette dernière demande a été étudiée en premier lieu pendant que l’autre était en suspens. La Cour d’appel fédérale l’a rejetée et cette Cour en a confirmé le rejet à la majorité ([1978] 1 R.C.S. 118).

Après la décision sur la demande d’examen et d’annulation de l’ordonnance de l’intimé en vertu de l’art. 28, les procédures ont repris sur la demande de *certiorari* en Division de première instance, en vertu de l’art. 18. Les parties ont comparu devant le juge Mahoney qui a rendu une ordonnance portant que la Cour avait compétence ([1978] 1 C.F. 312). Il a conclu que le Comité intimé avait le devoir d’agir équitablement en décidant d’imposer une peine et que la Division de première instance avait compétence pour annuler une telle ordonnance par voie d’un bref de *certiorari* si elle était d’avis que le tribunal n’avait pas agi équitablement. Cependant, traitant seulement d’un point droit préliminaire relatif à la compétence, il n’avait pas à décider si, vu les faits de l’espèce, l’intimé avait agi d’une façon inéquitable.

The Federal Court of Appeal, in allowing the Board's appeal, proceeded on the basis that this Court had decided in the matter of the s. 28 application that the Federal Court of Appeal had no jurisdiction to set aside the order attacked on the ground that the "convictions" were administrative decisions that were "not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis" within the meaning of those words in s. 28. The Court of Appeal was of the view that it followed from that decision that "the 'convictions' in question cannot be attacked under s. 18 of the *Federal Court Act* by a writ of *certiorari* or proceedings for relief in the nature of that contemplated by such a writ." From this decision the appellant appealed to this Court.

Held: The appeal should be allowed.

Per Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey and Pratte JJ.: The reason for which the Federal Court of Appeal reversed the judgment of the Trial Division was that it did not accept that the common law remedy of *certiorari* may be available in the case of violation of the duty to act fairly in an administrative decision "not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis". It said in a foot-note: "... Any decision that is not judicial but is 'sufficiently near a judicial decision to be the subject of a writ of *certiorari*' is, in our view, a decision that is required to be made on a 'quasi-judicial basis' within the meaning of those words in section 28." This view could not be accepted.

In disciplinary offence proceedings respecting a prison inmate, the requirements of judicial procedure are not to be brought in and, consequently, these are not decisions which may be reviewed by the Federal Court of Appeal under s. 28 of the *Federal Court Act*, a remedy which is in the nature of a right of appeal. However, this does not mean that the duty of fairness may not be enforced by the Trial Division through the exercise of the discretionary remedies mentioned in s. 18 of the *Federal Court Act*.

The order issued by Mahoney J. dealt only with the jurisdiction of the Trial Division, not with the actual availability of the relief in the circumstances of the case. This is subject to the exercise of judicial discretion and in this respect it will be essential that the requirements of prison discipline be borne in mind, just as it is essential that the requirements of the effective administration of criminal justice be borne in mind when dealing with applications for *certiorari* before trial. It is specially important that the remedy be granted only in cases of serious injustice and that proper care be taken

La Cour d'appel fédérale, qui a accueilli le pourvoi interjeté par le Comité, a procédé sur le fondement que cette Cour avait décidé, dans la demande présentée en vertu de l'art. 28, que la Cour d'appel fédérale n'était pas compétente pour annuler l'ordonnance attaquée au motif que «les déclarations de culpabilité» étaient des décisions de nature administrative qui n'[étaient] pas légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire» au sens de l'art. 28. La Cour d'appel était d'avis qu'il découle de cette décision que «des «déclarations de culpabilité» en cause ne peuvent être attaquées en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* par voie d'un bref de *certiorari* ou d'un redressement de la nature de celui qu'envisage un tel bref». L'appelant se pourvoit de cette décision devant cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey et Pratte: La Cour d'appel fédérale a infirmé la décision de la Division de première instance parce qu'elle n'accepte pas que l'on puisse avoir recours au *certiorari* dans le cas d'une violation de l'obligation d'agir équitablement dans une décision administrative «qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire». Elle a dit dans une note en bas de page: «... Toute décision qui n'est pas de nature judiciaire mais qui se rapproche «suffisamment d'une décision de nature judiciaire pour faire l'objet d'un bref de *certiorari*» constitue, à notre avis, une décision soumise au «processus quasi judiciaire» au sens où l'entend l'article 28.» Cette interprétation n'est pas acceptable.

Dans des procédures pour une infraction disciplinaire relative à un détenu, il ne faut pas faire intervenir les exigences de la procédure judiciaire et, en conséquence, il ne s'agit pas de décisions qui peuvent faire l'objet d'un examen par la Cour d'appel fédérale en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, recours qui est de la nature d'un droit d'appel. Cependant, cela ne veut pas dire que la Division de première instance ne peut sanctionner l'obligation d'agir équitablement au moyen des recours discrétionnaires mentionnés à l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

L'ordonnance rendue par le juge Mahoney ne porte que sur la compétence de la Division de première instance, non sur la question de savoir si le redressement devrait être accordé dans les circonstances de l'espèce. Cela dépendra de l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire et, à cet égard, il sera essentiel de garder à l'esprit les exigences de la discipline carcérale, tout comme il est essentiel de garder à l'esprit les exigences de l'administration efficace de la justice pénale lorsqu'on traite de demandes de *certiorari* avant le procès. Il est particulièrement important de n'accorder ce redresse-

to prevent such proceedings from being used to delay deserved punishment so long that it is made ineffective, if not altogether avoided.

Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Police Commissioners, [1979] 1 S.C.R. 311; *R. v. Board of Visitors of Hull Prison, Ex p. St. Germain*, [1979] 1 All E.R. 701; *Fraser v. Mudge*, [1975] 1 W.L.R. 1132, applied; *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 3 All E.R. 1019; *Attorney General of Quebec v. Cohen*, [1979] 2 S.C.R. 305, referred to.

Per Laskin C.J. and Dickson and McIntyre JJ.: This appeal raised in general terms the question of the supervisory role of the Federal Court, Trial Division, over disciplinary boards within Canadian penitentiaries. It also called for consideration of three related issues of importance in Canadian administrative law: 1. The review jurisdiction of the Trial Division and Court of Appeal under, respectively, ss. 18 and 28 of the *Federal Court Act*. 2. The duty to act fairly—the English “fairness doctrine”. 3. The potential breadth of the common law remedy of *certiorari* in Canada.

For the purposes of the *Federal Court Act*, a distinction has been drawn in administrative law between the duty to act judicially and the duty to act fairly. Though a duty to act fairly may not be relevant to the question of jurisdiction under s. 28, s. 18 vests in the Trial Division of the Federal Court the jurisdiction to grant the common law remedy of *certiorari* and that remedy avails at common law wherever a public body has the power to decide any matter affecting the rights, interests, property, privileges or liberties of any person. The basis for the broad reach of the remedy is the general duty of fairness resting on all public decision-makers.

Although the courts will not readily interfere in the exercise of disciplinary powers, whether within the armed services, the police force or the penitentiary, there is no rule of law which necessarily exempts the exercise of such disciplinary powers from review by *certiorari*.

With respect to these several issues, the authorities support the conclusions set out at pp. 628-631 of the reasons for judgment.

Howarth v. National Parole Board, [1976] 1 S.C.R. 453; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Police Commissioners*, *supra*; *Minister of Manpower and Immigration v. Hardayal*, [1978] 1 S.C.R. 470; *Roper v. Executive of Medical Board of Royal Victoria Hos-*

pital que dans des cas d'injustice grave et de bien veiller à ce que ces procédures ne servent pas à retarder le châtement mérité au point de le rendre inefficace, sinon de l'éviter complètement.

Jurisprudence: *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Police Commissioners*, [1979] 1 R.C.S. 311; *R. v. Board of Visitors of Hull Prison, Ex p. St. Germain*, [1979] 1 All E.R. 701; *Fraser v. Mudge*, [1975] 1 W.L.R. 1132, arrêts appliqués; *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 3 All E.R. 1019; *Procureur général de la province de Québec c. Cohen*, [1979] 2 R.C.S. 305.

Le juge en chef Laskin et les juges Dickson et McIntyre: Ce pourvoi soulève en termes généraux la question du rôle de surveillance de la Division de première instance de la Cour fédérale sur les comités de discipline dans les pénitenciers canadiens. Il exige aussi l'examen de trois questions connexes d'importance en droit administratif canadien: 1. La compétence d'examen de la Division de première instance et de la Cour d'appel en vertu des art. 18 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* respectivement. 2. L'obligation d'agir équitablement—la «doctrine d'équité» anglaise. 3. La portée potentielle, au Canada, du recours de *common law* qu'est le *certiorari*.

Aux fins de la *Loi sur la Cour fédérale*, une distinction a été établie en droit administratif entre l'obligation d'agir de façon judiciaire et l'obligation d'agir équitablement. Bien qu'une obligation d'agir équitablement ne soit pas pertinente à la question de compétence en vertu de l'art. 28, l'art. 18 confère à la Division de première instance de la Cour fédérale le pouvoir d'accorder le recours de *common law*, le *certiorari*, auquel on peut recourir en *common law* chaque fois qu'un organisme public a le pouvoir de trancher une question touchant aux droits, intérêts, biens, privilèges ou libertés d'une personne. La vaste portée de ce recours se fonde sur l'obligation générale d'agir avec équité qui incombe à toutes les instances décisionnelles publiques.

Bien que les cours n'interviennent pas volontiers dans l'exercice de pouvoirs disciplinaires, que ce soit au sein des forces armées, des services de police ou d'un pénitencier, il n'y a aucune règle de droit qui exempte nécessairement l'exercice de ces pouvoirs disciplinaires d'un examen par *certiorari*.

Sur ces nombreuses questions, la jurisprudence appuie les conclusions énoncées aux pp. 628-631 des motifs de jugement.

Jurisprudence: *Howarth c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1976] 1 R.C.S. 453; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Police Commissioners*, précité; *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Hardayal*, [1978] 1 R.C.S. 470;

pital, [1975] 2 S.C.R. 62; *R. v. Board of Visitors of Hull Prison, Ex p. St. Germain, supra*; *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495; *R. v. Local Government Board* (1882), 10 Q.B.D. 309; *The Case of Cardiffe Bridge*, 1 Salk 146; *Groenwelt v. Burwell* (1700), 1 Ld. Raym. 467; *R. v. Criminal Injuries Compensation Board, Ex p. Lain*, [1967] 2 Q.B. 864; *Re Liverpool Taxi Owners' Association*, [1972] 2 All E.R. 589; *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40; *R. v. Electricity Commissioners, Ex p. London Electricity Joint Committee Co. (1920), Ltd.*, [1924] 1 K.B. 171; *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*, [1969] 2 Ch. 149; *Nakkuda Ali v. Jayaratne*, [1951] A.C. 66; *R. v. London Borough of Hillingdon, Ex p. Royco Homes Ltd.*, [1974] 2 All E.R. 643; *R. v. Barnsely Metropolitan Borough Council, Ex p. Hook*, [1976] 3 All E.R. 452; *In re H.K. (an infant)*, [1967] 2 Q.B. 617; *Furnell v. Whangarei High Schools Board*, [1973] A.C. 660; *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12; *R. v. Army Council, Ex p. Ravenscroft*, [1917] 2 K.B. 504; *Dawkins v. Lord Rokeby*, L.R. 8 Q.B. 255; *Re Armstrong and Whitehead*, [1973] 2 O.R. 495; *Fraser v. Mudge*, [1975] 3 All E.R. 78; *Daemar v. Hall*, [1978] 2 N.Z.L.R. 594; *The Queen and Archer v. White*, [1956] S.C.R. 154; *R. v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp, Ex p. McCaud*, [1969] 1 C.C.C. 371; *Wolff v. McDonnell*, 418 U.S. 539 (1974); *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹ allowing the respondent Board's appeal from a judgment of Mahoney J. on an application by the appellant for a writ of *certiorari* under s. 18 of the *Federal Court Act*. Appeal allowed.

B. A. Crane, Q.C., and *John Conroy*, for the appellant.

T. B. Smith, Q.C., and *Henry Mollot*, for the respondent.

The reasons of the Chief Justice and Dickson and McIntyre JJ. were delivered by

DICKSON J.—The applicant, an inmate of a federal penitentiary in British Columbia known as Matsqui Institution, seeks an order in the nature of a writ of *certiorari* removing into the Trial Division of the Federal Court of Canada, for the

¹ [1978] 2 F.C. 637.

Roper c. Executive of Medical Board of Royal Victoria Hospital, [1975] 2 R.C.S. 62; *R. v. Board of Visitors of Hull Prison, Ex p. St. Germain*, précité; *Ministre du Revenu national c. Coopers et Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495; *R. v. Local Government Board* (1882), 10 Q.B.D. 309; *The Case of Cardiffe Bridge*, 1 Salk 146; *Groenwelt v. Burwell* (1700), 1 Ld. Raym. 467; *R. v. Criminal Injuries Compensation Board, Ex p. Lain*, [1967] 2 Q.B. 864; *Re Liverpool Taxi Owner's Association*, [1972] 2 All E.R. 589; *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40; *R. v. Electricity Commissioners, Ex p. London Electricity Joint Committee Co. (1920), Ltd.*, [1924] 1 K.B. 171; *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*, [1969] 2 Ch. 149; *Nakkuda Ali v. Jayaratne*, [1951] A.C. 66; *R. v. London Borough of Hillingdon, Ex p. Royco Homes Ltd.*, [1974] 2 All E.R. 643; *R. v. Barnsely Metropolitan Borough Council, Ex p. Hook*, [1976] 3 All E.R. 452; *In re H.K. (an infant)*, [1967] 2 Q.B. 617; *Furnell v. Whangarei High Schools Board*, [1973] A.C. 660; *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12; *R. v. Army Council, Ex p. Ravenscroft*, [1917] 2 K.B. 504; *Dawkins v. Lord Rokeby*, L.R. 8 Q.B. 255; *Re Armstrong and Whitehead*, [1973] 2 O.R. 495; *Fraser v. Mudge*, [1975] 3 All E.R. 78; *Daemar v. Hall*, [1978] 2 N.Z.L.R. 594; *La Reine et Archer c. White*, [1956] R.C.S. 154; *R. v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp, Ex p. McCaud*, [1969] 1 C.C.C. 371; *Wolff v. McDonnell*, 418 U.S. 539 (1974); *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹ qui a accueilli l'appel interjeté par le Comité intimé de la décision du juge Mahoney sur une demande par l'appelant d'un bref de *certiorari* en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Pourvoi accueilli.

B. A. Crane, c.r., et *John Conroy*, pour l'appelant.

T. B. Smith, c.r., et *Henry Mollot*, pour l'intimé.

Version française des motifs du Juge en chef et des juges Dickson et McIntyre rendus par

LE JUGE DICKSON—Le requérant, détenu dans un pénitencier fédéral en Colombie-Britannique, l'Institution de Matsqui, cherche à obtenir un bref de *certiorari* en vue d'évoquer devant la Division de première instance de la Cour fédérale du

¹ [1978] 2 C.F. 637.

purpose of quashing, a conviction by the Inmate Disciplinary Board of the penitentiary.

I

The appeal raises in general terms the question of the supervisory role, if any, of the Federal Court, Trial Division, in respect of disciplinary boards within Canadian penitentiaries. It also calls for consideration of three related issues of importance in Canadian administrative law.

First, it compels resolution of the continuing debate concerning the review jurisdiction of the Trial Division and Court of Appeal under, respectively, ss. 18 and 28 of the *Federal Court Act*, an issue left open by this Court in earlier judgments. If the Court of Appeal lacks jurisdiction under s. 28 to entertain an application to review and set aside, then the question which must be asked, and to which this case must give the answer, is whether the impugned decision or order can be challenged by application for *certiorari* under s. 18 of the Act.

Second, the case calls for closer analysis of the duty to act fairly—the English “fairness doctrine”—than has hitherto been necessary.

Third, the appeal raises the question of the potential breadth of the common law remedy of *certiorari* in Canada.

Helpful comment upon these several issues thus raised will be found in a number of scholarly articles. See, for example: Mullan, (1973) 23 U.T.L.J. 14; (1975) 25 U.T.L.J. 281; (L.R.C.C. 1977): Fera, (1977) 23 McGill L.J. 497; (1979) 11 Ott. L. Rev. 78: Price, (1977) 3 Queens L.J. 214: Janisch, (1977) 55 Can. Bar. Rev. 576: Evans, (1973) 36 Mod. L. Rev. 93; (1977) 23 McGill L.J. 132: Northey, (1974) N.Z.L.J. 133; (1974-5) 6 N.Z. Univ. L. Rev. 59: Taylor, (1972-3) 5 N.Z. Univ. L. Rev. 373; (1974-6) 1 Monash Univ. L. Rev. 258: Loughlin, (1978) 28 U.T.L.J. 215: Sykes and Tracey, (1975-6) 10 Melbourne Univ. L. Rev. 564.

Canada une déclaration de culpabilité prononcée par le Comité de discipline des détenus du pénitencier, et de la faire annuler.

I

Le pourvoi soulève en termes généraux la question du rôle de surveillance, s'il en est, de la Division de première instance de la Cour fédérale sur les comités de discipline dans les pénitenciers canadiens. Il exige aussi l'examen de trois questions connexes d'importance en droit administratif canadien.

Premièrement, il impose que soit vidé le débat continu sur la compétence d'examen de la Division de première instance et de la Cour d'appel en vertu des art. 18 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* respectivement, question que cette Cour a laissée en suspens dans des arrêts antérieurs. Si la Cour d'appel n'a pas compétence pour entendre une demande d'examen et d'annulation en vertu de l'art. 28, alors se pose la question à laquelle ce pourvoi doit répondre, savoir si la décision ou ordonnance attaquée peut être contestée par une demande de *certiorari* en vertu de l'art. 18 de la Loi.

Deuxièmement, ce pourvoi exige que l'on fasse une analyse plus fouillée de l'obligation d'agir équitablement—la «doctrine d'équité» anglaise—que cela n'a été nécessaire jusqu'ici.

Troisièmement, le pourvoi soulève la question de la portée potentielle, au Canada, du recours de *common law* qu'est le *certiorari*.

Dans plusieurs articles savants, on trouve des commentaires utiles sur les différentes questions soulevées. Voir, par exemple: Mullan, (1973) 23 U.T.L.J. 14; (1975) 25 U.T.L.J. 281; (L.R.C.C. 1977): Fera, (1977) 23 McGill L.J. 497; (1979) 11 Ott. L. Rev. 78: Price, (1977) 3 Queens L.J. 214: Janisch, (1977) 55 Rev. Bar. Can. 576: Evans, (1973) 36 Mod. L. Rev. 93; (1977) 23 McGill L.J. 132: Northey, (1974) N.Z.L.J. 133; (1974-5) 6 N.Z. Univ. L. Rev. 59: Taylor, (1972-3) 5 N.Z. Univ. L. Rev. 373; (1974-6) 1 Monash Univ. L. Rev. 258: Loughlin, (1978) 28 U.T.L.J. 215: Sykes and Tracey, (1975-6) 10 Melbourne Univ. L. Rev. 564.

II

At the outset, it will be recalled that s. 18 provides that the Trial Division has exclusive original jurisdiction 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. Section 28(1) provides:

28. (1) Notwithstanding section 18 or the provisions of any other Act, the Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, other than a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis, made by or in the course of proceedings before a federal board, commission or other tribunal, upon the ground that the board, commission or tribunal

- (a) failed to observe a principle of natural justice or otherwise acted beyond or refused to exercise its jurisdiction;
- (b) erred in law in making its decision or order, whether or not the error appears on the face of the record; or
- (c) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

Section 28(3) goes on to say:

28. (3) Where the Court of Appeal has jurisdiction under this section to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, the Trial Division has no jurisdiction to entertain any proceeding in respect of that decision or order.

It has been argued that s. 18 purports to transfer jurisdiction from provincial courts to the Trial Division of the Federal Court and clothes the latter with exclusive jurisdiction to grant relief by way of *certiorari* against federal boards, commissions or other tribunals, but that s. 28 removes that jurisdiction from the Trial Division in respect of *certiorari*, despite the express words of s. 18. In other words, the terms of s. 28 completely exclude what s. 18 apparently granted. If that view be correct, and s. 18 is indeed sterile and without

II

Au départ, rappelons que l'art. 18 établit que la Division de première instance a compétence exclusive pour émettre une injonction, un bref de *certiorari*, un bref de prohibition, un bref de *mandamus* ou un bref de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire, contre tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral. Le paragraphe 28(1) énonce:

28. (1) Nonobstant l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi, la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance, autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, rendue par un office, une commission ou un autre tribunal fédéral ou à l'occasion de procédures devant un office, une commission ou un autre tribunal fédéral, au motif que l'office, la commission ou le tribunal

- a) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a autrement excédé ou refusé d'exercer sa compétence;
- b) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que l'erreur ressorte ou non à la lecture du dossier; ou
- c) a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance.

Le paragraphe 28(3) poursuit:

28. (3) Lorsque, en vertu du présent article, la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance, la Division de première instance est sans compétence pour connaître de toute procédure relative à cette décision ou ordonnance.

On a soutenu que l'art. 18 vise à transférer à la Division de première instance de la Cour fédérale la compétence des cours provinciales et à lui conférer la compétence exclusive pour accorder un redressement par voie de *certiorari* contre les offices, commissions ou autres tribunaux fédéraux, mais que l'art. 28 la lui retire à l'égard du *certiorari*, malgré les termes exprès de l'art. 18. En d'autres mots, le texte de l'art. 28 exclut complètement ce que l'art. 18 paraît accorder. Si cette prétention est juste et que l'art. 18 est réellement

independent life, then a narrow reading of s. 28 will virtually deny Canadians recourse against federal tribunals. It is not disputed that the Inmate Disciplinary Board of Matsqui Institution is a federal board, commission or other tribunal.

III

It is important to emphasize that the point, and the only point, in this appeal is as to jurisdiction. We are not concerned at this time with whether Martineau has a valid complaint. The only question before us is whether he has the right to have that complaint considered in the Trial Division of the Federal Court.

A detailed recital of the facts set out in the affidavits is unnecessary. Martineau and one Butters, both inmates at Matsqui Institution, were charged with having committed two offences, (i) two inmates in a cell, and (ii) committing an indecent act (homosexual). The offences were categorized as "flagrant or serious", and thus were referred to a staff disciplinary board (assistant director of security, a security guard, and a living unit officer) for a hearing of the charges.

Martineau pleaded guilty to the first charge. On the second charge he was found guilty of the lesser offence of being in an indecent position and was sentenced to the special corrections unit (punitive isolation) for fifteen days on a restricted diet and loss of privileges. He challenged the conviction, relying upon Directive No. 213 of the Commissioner of Penitentiaries (issued pursuant to ss. 29(3) of the *Penitentiary Act*, R.S.C. 1970, c. P-6 and ss. 2.28, 2.29, 2.30 and 2.31 of the *Penitentiary Service Regulations*). Section 13(c) of the Directive provides that no finding shall be made against an inmate for a serious or flagrant offence unless (i) he has received written notice of the charge and a summary of the evidence alleged against him at least 24 hours before the hearing, (ii) he has appeared personally at the hearing so that the evidence against him is given in his presence, and (iii) he has been given an opportunity to make full answer and defence to the charge. Mar-

stère et sans effet autonome, une interprétation étroite de l'art. 28 privera pratiquement les Canadiens de tout recours contre les tribunaux fédéraux. Il n'est pas contesté que le Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui est un office, une commission ou un autre tribunal fédéral.

III

Il importe de souligner que le présent pourvoi soulève une seule et unique question, celle de la compétence. Nous n'examinons pas à ce stade si Martineau est fondé à se plaindre. La seule question qui nous est soumise est s'il a le droit de porter son grief devant la Division de première instance de la Cour fédérale.

Il n'est pas nécessaire de relater en détails les faits énoncés dans les affidavits. Martineau et un nommé Butters, tous deux détenus à l'Institution de Matsqui, ont été accusés d'avoir commis deux infractions: (i) deux détenus dans une cellule et (ii) acte incédent (homosexualité). Les infractions ont été qualifiées de «flagrantes ou graves», et ont en conséquence été soumises pour instruction à un comité de discipline, constitué du directeur adjoint de la sécurité, d'un agent de sécurité et d'un agent d'unité résidentielle.

Martineau a plaidé coupable sur la première accusation. Quant à la seconde, il a été trouvé coupable de l'infraction moindre de s'être trouvé dans une position indécente et a été condamné à quinze jours dans l'unité spéciale de correction (isolement punitif) avec régime alimentaire sans variété et perte de privilèges. Il a contesté la condamnation, en se fondant sur la directive n° 213 du commissaire des pénitenciers (établie conformément au par. 29(3) de la *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1970, chap. P-6 et les art. 2.28, 2.29, 2.30 et 2.31 du *Règlement sur le service des pénitenciers*). L'alinéa 13c) de la directive énonce qu'on ne prononcera aucun verdict contre un détenu accusé d'une infraction grave ou manifeste à moins (i) qu'il ait reçu un avis écrit de l'accusation et un sommaire des preuves que l'on possède contre lui au moins 24 heures avant l'ouverture de l'instruction, (ii) qu'il ait comparu en personne à l'audition de façon que les accusations portées

tineau alleges a number of departures from these procedural safeguards. He says that neither he, nor anyone representing him, was permitted to be present when the disciplinary board heard evidence from the person alleged to have participated with him in the offence of which he was convicted. In essence his claim is grounded upon a breach of procedural fairness on the part of the disciplinary board.

So far as I have been able to determine, there is no provision for appeal to a higher authority by an inmate who feels aggrieved by a conviction or sentence of the disciplinary board.

IV

Faced with the difficult and uncertain language of ss. 18 and 28 of the *Federal Court Act*, Martineau launched proceedings in both the Federal Court of Appeal and in the Trial Division of that Court. The Federal Court of Appeal before whom the matter first came on a s. 28 application, by a majority, dismissed the application for lack of jurisdiction ([1976] 2 F.C. 198). This Court, by a majority, dismissed the further appeal: *Martineau and Butters v. The Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*² (hereinafter referred to as *Martineau* (No. 1)). The Court held that the impugned order was not within the scope of the opening words of s. 28 of the *Federal Court Act* and that the Directive of the Commissioner of Penitentiaries was not "law" within the meaning of the phrase "by law" in s. 28.

Unsuccessful in his challenge by way of the Federal Court of Appeal, Martineau resumed the proceedings, temporarily held in abeyance, which he had commenced in the Trial Division of the Federal Court. Mr. Justice Mahoney of the Trial Division, by agreement, heard an application by Martineau under Federal Court Rule 474 for preliminary determination of a question of law: namely, whether or not the Federal Court, Trial

contre lui le soient en sa présence, et (iii) qu'on lui ait donné la possibilité de dire tout ce qu'il avait à dire pour sa défense. Martineau allègue qu'il y a eu plusieurs entorses à ces garanties de procédure. Il dit que ni lui, ni personne le représentant, n'a été autorisé à assister au témoignage devant le comité de discipline de la personne qui aurait participé avec lui à l'infraction dont il a été trouvé coupable. Essentiellement son grief se fonde sur une violation de l'équité en matière de procédure par le comité de discipline.

A ma connaissance, aucune disposition ne prévoit qu'un détenu, qui se sent lésé par une condamnation ou une peine imposée par le comité de discipline, puisse faire appel à une autorité supérieure.

IV

Face au texte complexe et imprécis des art. 18 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, Martineau a intenté des procédures tant en Cour d'appel fédérale qu'en Division de première instance. La question a d'abord été soumise à la Cour d'appel fédérale dans une demande présentée conformément à l'art. 28 que celle-ci a rejetée, à la majorité, pour défaut de compétence ([1976] 2 C.F. 198). Cette Cour, à la majorité, a rejeté le pourvoi subséquent: *Martineau et Butters c. Le Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*² (ci-après appelé *Martineau* (n° 1)). Elle a statué que l'ordonnance attaquée ne relevait pas du paragraphe introductif de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* et que la directive du commissaire des pénitenciers ne constituait pas une «loi» au sens du mot «légalement» employé à l'art. 28.

Ayant échoué en Cour d'appel fédérale, Martineau a repris les procédures, temporairement suspendues, devant la Division de première instance de la Cour fédérale. Du consentement des parties, le juge Mahoney de la Division de première instance a entendu une demande de Martineau en vertu de la Règle 474 de la Cour fédérale pour obtenir une décision préliminaire sur un point de droit: savoir si la Division de première instance de

² [1978] 1 S.C.R. 118.

² [1978] 1 R.C.S. 118.

Division, had jurisdiction in the circumstances. His conclusion ([1978] 1 F.C. 312, at 318-9):

I take it that in Canada, in 1975, a public body, such as the respondent, authorized by law to impose a punishment, that was more than a mere denial of privileges, had a duty to act fairly in arriving at its decision to impose the punishment. Any other conclusion would be repugnant. The circumstances disclosed in this application would appear to be appropriate to the remedy sought. I am not, of course, deciding whether the remedy should be granted but merely whether it could be granted by the Federal Court of Canada, Trial Division. In my view it could.

In *Magrath v. The Queen*³, Collier J. of the Federal Court, Trial Division, agreed with the observations and conclusions of Mahoney J. in the *Martineau* case.

Shortly thereafter, however, Chief Justice Jaccett gave judgment for a unanimous Federal Court of Appeal ([1978] 2 F.C. 637) allowing an appeal from the judgment of Mahoney J. in the Trial Division. The reasons of the Court are brief but amplified in footnotes and in an Appendix. This Court is taken to have decided in *Martineau* (No. 1) that the Appeal Division of the Federal Court lacked jurisdiction because "the 'convictions' were administrative decisions that were 'not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis'". It followed, in the view of the Federal Court of Appeal, that the "convictions" could not be attacked under s. 18 of the *Federal Court Act* by a writ of *certiorari*. The Court recognized that the ambit of *certiorari* has expanded from the time it was a writ whose sole function was to enable a superior court of law to review decisions of inferior courts of law. In the view of the Court, however, the writ continues to have application only where the decision attacked is either judicial in character, or is required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis. The conclusion of the Court is expressed in these words:

When we read ss. 18 and 28 of the *Federal Court Act*, we cannot escape the conclusion that the words "quasi-judicial basis" were intended to include every method of

³ (1977), 38 C.C.C. (2d) 67.

la Cour fédérale avait compétence dans les circonstances. Voici sa conclusion ([1978] 1 C.F. 312, aux pp. 318 et 319):

Je suppose qu'au Canada, en 1975, un organisme public tel que l'intimé, autorisé par la loi à imposer une peine qui était plus qu'une simple perte de privilèges, avait le devoir d'agir équitablement en décidant d'imposer la peine. Toute autre conclusion serait incompatible. Les circonstances révélées dans cette demande paraissent être appropriées au redressement recherché. Je ne suis pas, évidemment, en train de décider si le redressement devrait être accordé, mais simplement s'il pourrait être accordé par la Division de première instance de la Cour fédérale du Canada. Selon moi, elle le peut.

Dans *Magrath v. The Queen*³, le juge Collier de la Division de première instance de la Cour fédérale a souscrit aux remarques et aux conclusions du juge Mahoney dans l'affaire *Martineau*.

Peu après, cependant, le juge en chef Jaccett a rendu l'arrêt unanime de la Cour d'appel fédérale ([1978] 2 C.F. 637) qui a accueilli un appel du jugement du juge Mahoney en Division de première instance. Les motifs de la Cour sont brefs, mais sont étoffés par des notes en bas de page et une annexe. On y considère que cette Cour a décidé dans *Martineau* (N° 1) que la Cour d'appel fédérale n'avait pas compétence parce que «les déclarations de culpabilité» étaient des décisions de nature administrative qui «n'[étaient] pas légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire». En conséquence, selon la Cour d'appel, les «déclarations de culpabilité» ne pouvaient être attaquées en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* par bref de *certiorari*. La Cour a reconnu que la portée du bref de *certiorari* s'est étendue depuis l'époque où il n'avait pour seule fonction que de permettre à une cour supérieure d'examiner les décisions de cours d'instance inférieure. Selon elle cependant, le bref ne continue à pouvoir s'appliquer que lorsque la décision attaquée est soit de nature judiciaire, soit légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. La conclusion de la Cour est exprimée comme suit:

A la lecture des articles 18 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, nous ne pouvons nous empêcher de conclure que l'expression «processus quasi judiciaire» a été adop-

³ (1977), 38 C.C.C. (2d) 67.

reaching a decision or order that would support an application by way of *certiorari* other than a purely “judicial . . . basis”. (p. 640)

The Appendix to the judgment reveals the basis for the Court’s reading of *Martineau* (No. 1). If “quasi-judicial” in s. 28 is regarded as delimiting the range of decisions to which the “fairness” doctrine may apply, then should jurisdiction be lacking under s. 28, a remedy of *certiorari* grounded upon the fairness doctrine cannot avail an applicant under s. 18. With great respect, in my view, this Court’s decisions in *Howarth v. National Parole Board*⁴, and *Martineau* (No. 1), and the Court’s recent judgment in *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*⁵ (which post-dates the judgment of the Federal Court of Appeal in these proceedings) indicate a different approach. Particularly, the judgment in *Nicholson* betokens a significant development in our administrative law in its adoption of the English case authorities on the fairness doctrine.

V

Howarth brought to the fore a difference in perception of the relationship between ss. 18 and 28 of the *Federal Court Act*. The minority indicated a desire to read the new s. 28 application to review and set aside as a remedy at least as broad as, if not broader than, *certiorari*, primarily by means of an expansive view of “decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis”. The majority view, however, began with the premise 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 . . .”. Accordingly, “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”. Because of their importance in the resolu-

⁴ [1976] 1 S.C.R. 453.

⁵ [1979] 1 S.C.R. 311.

tée afin d’inclure toute méthode qui consisterait à rendre une décision ou une ordonnance qui ferait droit à une demande introduite par voie de *certiorari* autre qu’une méthode qui relèverait purement d’un «processus judiciaire . . .». (pages 639 et 640)

L’annexe de l’arrêt révèle le fondement de l’interprétation de l’arrêt *Martineau* (n° 1) par la Cour. Si l’on considère que l’expression «quasi judiciaire» à l’art. 28 délimite le champ des décisions auxquelles la doctrine d’«équité» peut s’appliquer, un requérant ne peut, en vertu de l’art. 18, fonder un recours en *certiorari* sur cette doctrine lorsque l’art. 28 ne confère pas compétence. Avec égards, à mon avis, les arrêts de cette Cour, *Howarth c. La Commission nationale des libérations conditionnelles*⁴, et *Martineau* (n° 1), ainsi que son arrêt récent *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*⁵ (qui est postérieur à l’arrêt de la Cour d’appel fédérale en l’espèce) indiquent une manière différente d’aborder la question. L’arrêt *Nicholson* en particulier dénote une évolution importante de notre droit administratif car il adopte la jurisprudence anglaise sur la doctrine d’équité.

V

L’arrêt *Howarth* a mis en lumière des perceptions différentes du rapport entre les art. 18 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. La minorité a indiqué un désir d’interpréter la demande d’examen et d’annulation en vertu de l’art. 28 nouvellement créée comme un recours au moins aussi large, sinon plus, que le *certiorari*, essentiellement par le biais d’une conception extensive de la «décision ou ordonnance de nature administrative qui n’est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire». L’opinion de la majorité cependant se fonde sur la prémisse 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 . . .». En conséquence, «l’application du nouveau recours institué par l’art. 28 est restreinte aux décisions ou ordonnances de nature adminis-

⁴ [1976] 1 R.C.S. 453.

⁵ [1979] 1 R.C.S. 311.

tion of the present appeal, I must quote *in extenso* from the judgment of Mr. Justice Pigeon, speaking for a majority of the Court in *Howarth*:

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 to 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 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. (pp. 471-2)

Thus *Howarth* distinguishes between s. 18 and s. 28 review jurisdiction in the Federal Court, the new remedy under s. 28 not being exhaustive of

trative qui sont légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire». Vu leur importance pour la solution du présent pourvoi, je dois citer au complet un passage des motifs du juge Pigeon, qui a exprimé l'opinion majoritaire dans *Howarth*:

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 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'appelant 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. (pp. 471 et 472)

Howarth fait donc une distinction entre les pouvoirs d'examen en vertu des art. 18 et 28 en Cour fédérale, le nouveau recours en vertu de l'art. 28

Federal Court jurisdiction to review federal government action. The consequence, as Mr. Justice Pigeon puts it, is that under the *Federal Court Act* "a distinction is made between two classes of orders of federal boards".

Further, a distinction is clearly drawn between the duty to act judicially and the duty to act fairly. Pigeon J. rejects the argument that a duty to act fairly is relevant to the question of jurisdiction under s. 28, but the relevance of such an argument in the context of s. 18 is expressly left open.

The duty to act fairly was alluded to by Mr. Justice Spence, speaking on behalf of the full Court in *Minister of Manpower and Immigration v. Hardayal*⁶, at p. 479. He said: "It is true that in exercising what, in my view, is an administrative power, the Minister is required to act fairly and for a proper motive and his failure to do so might well give rise to a right of the person affected to take proceedings under s. 18 (a) of the *Federal Court Act* ...". See also *Roper v. Executive of Medical Board of Royal Victoria Hospital*⁷, at p. 67.

Martineau (No. 1) was wholly unconcerned with the issue of "fairness". The central issue there was whether the decision of the disciplinary board was within the scope of s. 28 as being "required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis".

Mr. Justice Pigeon, again speaking for a majority of the Court, considered the question whether the directive of the Commissioner was to be regarded as "law" within the wording of s. 28 and concluded that, while Regulations under the *Penitentiary Act* were law, the same could not be said of the directives ... "It is not in any legislative capacity that the Commissioner is authorized to issue directives but in his administrative capacity."

⁶ [1978] 1 S.C.R. 470.

⁷ [1975] 2 S.C.R. 62.

n'épuisant pas le pouvoir de cette cour-là de contrôler l'activité du gouvernement fédéral. En vertu de la *Loi sur la Cour fédérale*, l'effet, comme le dit le juge Pigeon, est «d'établir une distinction entre deux catégories d'ordonnances d'offices fédéraux».

De plus, une distinction est clairement établie entre l'obligation d'agir de façon judiciaire et l'obligation d'agir équitablement. Le juge Pigeon rejette l'argument qu'une obligation d'agir équitablement est pertinente à la question de compétence en vertu de l'art. 28, mais la pertinence de cet argument dans le contexte de l'art. 18 est expressément laissée en suspens.

Le juge Spence, en exposant l'opinion de la Cour au complet dans l'arrêt *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Hardayal*⁶, à la p. 479, fait allusion à l'obligation d'agir équitablement. Il dit: «Il est vrai que dans l'exercice de ce qui constitue, à mon avis, un pouvoir administratif, le Ministre doit agir équitablement et pour des motifs légitimes, et l'omission de ce faire pourrait bien donner le droit à l'intéressé d'entamer des procédures en vertu de l'al. a) de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* ...». Voir aussi *Roper c. Executive of Medical Board of Royal Victoria Hospital*⁷, à la p. 67.

Martineau (n° 1) ne portait aucunement sur la question d'«équité». La question centrale était de savoir si la décision du comité de discipline relevait de l'art. 28 comme «légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire».

Le juge Pigeon, exprimant encore l'opinion majoritaire, s'est demandé si la directive du commissaire devait être considérée comme une «loi» au sens de l'art. 28 et a conclu que, bien que le Règlement adopté en vertu de la *Loi sur les pénitenciers* constitue une loi, on ne peut en dire autant des directives ... «Ce n'est pas en qualité de législateur que le commissaire est habilité à établir des directives mais en qualité d'administrateur.»

⁶ [1978] 1 R.C.S. 470.

⁷ [1975] 2 R.C.S. 62.

In the case of an inmate disciplinary board, the directive of the Commissioner lacks statutory force and, by implication then, Parliament did not intend the directive to have status as a procedural code defining rules of natural justice exhaustively for the board. Accordingly, the decision in question was not one required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis, and the applicant had not brought himself within the precise language of s. 28. That does not, however, determine the relevant question of a *certiorari* application under s. 18, where the inquiry is whether the public body may have a duty to act fairly in the broader, non-technical manner suggested in *R. v. Board of Visitors of Hull Prison, Ex p. St. Germain*⁸.

The reasoning of the Court in *Martineau* (No. 1) is instructive on this point. Mr. Justice Pigeon, while denying that the directive was a “procedural code”, also rejected the suggestion that mere fairness in its “good faith” sense, as employed by the Federal Court of Appeal fulfils the obligation of the board:

With respect, I find it difficult to agree with the view that Directive No. 213 merely requires that a disciplinary decision such as the impugned order be made fairly and justly. (p. 127)

Implicitly, then, the majority in *Martineau* (No. 1) accepted a measure of procedural content in a duty of fairness resting upon the board—something more than the absolute minimum of “good faith”, but something less than strict application of the procedure set forth in the directive.

The Matsqui Institution Disciplinary Board, respondent in this appeal, has cited the following passage from the judgment of this Court in *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*⁹, in support of the contention that non-reviewability under s. 28 forecloses review by writ of *certiorari* under s. 18:

⁸ [1979] 2 W.L.R. 42 (C.A.) rev'g [1978] 2 W.L.R. 598 (D.C.).

⁹ [1979] 1 S.C.R. 495.

Dans le cas d'un comité de discipline de détenus, la directive du commissaire n'a pas force de loi et il faut en inférer que le Parlement n'entendait pas que la directive ait le statut d'un code de procédure définissant exhaustivement les règles de justice naturelle que devait respecter le comité. En conséquence, la décision en question n'était pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, et le requérant ne pouvait se prévaloir du texte de l'art. 28. Cela ne règle cependant pas la question pertinente à une demande de *certiorari* en vertu de l'art. 18 où il s'agit de décider si l'organisme public peut avoir une obligation d'agir équitablement dans le sens plus large, non procédural suggéré dans *R. v. Board of Visitors of Hull Prison, Ex p. St. Germain*⁸.

Le raisonnement de la Cour dans *Martineau* (n° 1) est révélateur sur ce point. Le juge Pigeon, tout en niant que la directive constituât «un code de procédure», a aussi rejeté l'argument que le comité s'acquitte de son obligation en faisant preuve de simple équité au sens de «bonne foi», sens employé par la Cour d'appel fédérale:

En toute déférence, je ne puis souscrire à l'opinion selon laquelle la directive n° 213 exige simplement qu'une décision de nature disciplinaire, comme l'ordonnance contestée, soit rendue avec équité et justice. (p. 127)

Implicitement donc, la majorité dans *Martineau* (n° 1) a reconnu un certain contenu procédural à l'obligation du comité d'agir équitablement—ce qui est plus exigeant que le minimum absolu de «bonne foi», mais l'est moins qu'une application stricte de la procédure énoncée dans la directive.

A l'appui de sa prétention que lorsqu'il n'y a pas d'examen en vertu de l'art. 28, il ne peut y en avoir par bref de *certiorari* en vertu de l'art. 18, le comité de discipline de l'Institution de Matsqui, intimé en l'espèce, a cité le passage suivant de l'arrêt de cette Cour dans *Le ministre du Revenu national c. Coopers et Lybrand*⁹.

⁸ [1979] 2 W.L.R. 42 (C.A.) infirmant [1978] 2 W.L.R. 598 (C. de D.).

⁹ [1979] 1 R.C.S. 495.

Accordingly, administrative decisions must be divided between those which are reviewable, by *certiorari* or by s. 28 application or otherwise, and those which are non-reviewable. The former are conveniently labelled "decisions or orders of an administrative nature required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis", the latter "decisions or orders not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis." It is not only the decision to which attention must be directed, but also the process by which the decision is reached. (p. 501)

The issues to which *Coopers and Lybrand* was directed relate to the classification of decisions eligible for review under s. 28 of the *Federal Court Act*, the very classification process with which the Court was concerned in *Howarth and Martineau* (No. 1). This is implicitly recognized by mention of both cases in *Coopers and Lybrand*. If anything pertinent to the present discussion is suggested by the latter judgment, it is that "administrative decision does not lend itself to rigid classification of functions". As such, it has no direct application to the new and broader territory, unhindered by exigencies of classification, that is now opened by evolution of the common law doctrine of fairness enforced by the common law remedies, including *certiorari*.

Restrictive reading of s. 28 of the *Federal Court Act* need not, of necessity, lead to a reduction in the ambit for judicial review of federal government action. Section 18 is available. Section 28 has caused difficulties, not only because of the language in which it is cast but, equally, because it tended to crystallize the law of judicial review at a time when significant changes were occurring in other countries with respect to the scope and grounds for review. Sections 18 and 28 of the *Federal Court Act* were obviously intended to concentrate judicial review of federal tribunals in a single federal court. As I read the Act, Parliament envisaged an extended scope for review. I am therefore averse to giving the Act a reading which would defeat that intention and posit a diminished scope for relief from the actions of federal tribunals. I simply cannot accept the view that Parliament intended to remove the old common law remedies, including *certiorari*, from the provincial

En conséquence, il y a deux sortes de décisions administratives, celles qui peuvent être contrôlées, par *certiorari* ou à la suite d'une demande en vertu de l'art. 28 ou autrement, et celles qui ne le peuvent pas. Les premières sont commodément désignées comme «décisions ou ordonnances de nature administrative qui sont légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire» et les dernières comme «décisions ou ordonnances de nature administrative qui ne sont pas légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire». Il ne faut pas uniquement scruter la décision mais également le processus qui y conduit.

L'arrêt *Coopers et Lybrand* portait sur des questions relatives à la classification de décisions susceptibles d'examen en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, le processus même sur lequel la Cour s'est penchée dans *Howarth et Martineau* (n° 1). La mention de ces deux arrêts dans *Coopers et Lybrand* le reconnaît implicitement. Si ce dernier arrêt suggère quelque chose qui soit pertinent à la présente analyse, c'est que «la décision de nature administrative ne se prête pas à une classification rigide de fonctions». Comme tel, il ne s'applique pas directement au champ nouveau et plus vaste, libre des exigences de classification, que rend maintenant accessible l'évolution de la doctrine d'équité en *common law*, appuyée par les recours de *common law*, dont le *certiorari*.

Une interprétation stricte de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne conduit pas inéluctablement à une diminution de l'étendue du contrôle judiciaire de l'activité du gouvernement fédéral. On peut avoir recours à l'art. 18. L'article 28 a causé des difficultés, non seulement de par son texte, mais aussi parce qu'il tendait à cristalliser le droit du contrôle judiciaire à un moment où des modifications importantes se produisaient dans d'autres pays quant à l'étendue de ce contrôle et aux motifs y donnant ouverture. Il est évident que par les art. 18 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, on entendait concentrer en une seule cour fédérale le contrôle judiciaire des décisions des tribunaux fédéraux. Selon mon interprétation de la Loi, le Parlement désirait étendre le champ du pouvoir de contrôle. Je suis donc opposé à donner à la Loi une interprétation qui ferait échec à cette intention et poserait en principe une diminution du champ des recours contre les actes des tribunaux fédéraux. Je

superior courts, and vest them in the Trial Division of the Federal Court, only to have those remedies rendered barren through the interaction of ss. 18 and 28 of the Act. I would apply the principle laid down by Brett L.J. in *Reg. v. Local Government Board*¹⁰, at p. 321, that the jurisdiction of a court ought to be exercised widely when dealing with matters perhaps not strictly judicial, but in which the rights or interests of citizens are affected.

VI

The dominant characteristic of recent developments in English administrative law has been expansion of judicial review—jurisdiction to supervise administrative action by public authorities. *Certiorari* evolved as a flexible remedy, affording access to judicial supervision in new and changing situations. In 1700, Chief Justice Holt could say, in *The Case of Cardiffe Bridge*¹¹, “wherever any new jurisdiction is erected, be it by private or public Act of Parliament, they are subject to the inspections of this Court by writ of error, or by *certiorari* and *mandamus*”. And in *Groenwelt v. Burwell*¹² Holt C.J. held again, in the context of the censors of the College of Physicians of London, that “it is plain that the censors have judicial power . . . where a man has power to inflict imprisonment upon another for punishment of his offence, there he hath judicial authority . . . for it is a consequence of all jurisdictions to have their proceedings returned here by *certiorari* to be examined here Where any Court is erected by statute, a *certiorari* lies to it.” Nor has perception of *certiorari* as an adaptable remedy been in any way modified. The amplitude of the writ has been affirmed time and again. See, for example, the judgment of Lord Parker L.J. in *R. v. Criminal Injuries Compensation Board, Ex p. Lain*¹³, at p. 882.

¹⁰ (1882), 10 Q.B.D. 309.

¹¹ 1 Salk. 146.

¹² (1700), 1 Ld. Raym. 467.

¹³ [1967] 2 Q.B. 864.

ne peut tout simplement pas accepter la prétention que le Parlement voulait retirer aux cours supérieures des provinces les anciens recours de *common law*, y compris le *certiorari*, pour les conférer à la Division de première instance de la Cour fédérale et ensuite les rendre stériles par l'interaction des art. 18 et 28 de la Loi. Je suis d'avis d'appliquer le principe énoncé par lord Brett dans *Reg. v. Local Government Board*¹⁰, à la p. 321, que la compétence d'une cour doit s'exercer largement lorsqu'elle traite de questions qui ne sont peut-être pas strictement judiciaires mais qui portent atteinte aux droits ou intérêts des citoyens.

VI

La caractéristique dominante de l'évolution récente du droit administratif anglais a été l'extension du contrôle judiciaire—pouvoir de surveillance de l'activité de l'administration. Le *certiorari* est devenu un recours souple qui donne accès à la surveillance judiciaire dans des situations nouvelles et changeantes. En 1700, le juge en chef Holt pouvait dire, dans *The Case of Cardiffe Bridge*¹¹, [TRADUCTION] «lorsqu'une nouvelle juridiction est créée, que ce soit par une loi privée ou publique du Parlement, elle est soumise à la surveillance de cette Cour par bref d'erreur, ou par *certiorari* et *mandamus*». Et dans *Groenwelt v. Burwell*¹², le juge en chef Holt a conclu de nouveau, au sujet des gouverneurs du Collège des médecins de Londres, que [TRADUCTION] «il est clair que les gouverneurs sont investis d'un pouvoir judiciaire . . . lorsqu'un homme peut infliger l'emprisonnement à un autre pour le punir de l'infraction qu'il a commise, il est investi d'une autorité judiciaire . . . car c'est un corollaire pour toutes les juridictions que de voir leurs procédures renvoyées ici pour examen par *certiorari* . . . Lorsqu'une cour est créée par une loi, elle peut faire l'objet d'un *certiorari*.» La perception du *certiorari* comme recours adaptable n'a aucunement été modifiée. La portée du bref a été fréquemment confirmée. Voir, par exemple, les motifs du lord juge Parker dans *R. v. Criminal Injuries Compensation Board, Ex p. Lain*¹³, à la p. 882:

¹⁰ (1882), 10 Q.B.D. 309.

¹¹ 1 Salk. 146.

¹² (1700), 1 Ld. Raym. 467.

¹³ [1967] 2 Q.B. 864.

The position as I see it is that the exact limits of the ancient remedy by way of *certiorari* have never been and ought not to be specifically defined. They have varied from time to time being extended to meet changing conditions. At one time the writ only went to an inferior court. Later its ambit was extended to statutory tribunals determining a *lis inter partes*. Later again it extended to cases where there was no *lis* in the strict sense of the word but where immediate or subsequent rights of a citizen were affected. The only constant limits throughout were that it was performing a public duty.

Roskill L.J. in *Re Liverpool Taxi Owners' Association*¹⁴, at p. 596, expressed the thought in these words:

The long legal history of the former prerogative writs and of their modern counterparts, the orders of prohibition, *mandamus* and *certiorari* shows that their application has always been flexible as the need for their use in differing social conditions down the centuries had changed. (p. 596)

The principles of natural justice and fairness have matured in recent years. And the writ of *certiorari*, in like measure, has developed apace. The speeches in *Ridge v. Baldwin*¹⁵ show the evolutionary state of administrative law.

VII

Does *certiorari* lie to the Inmate Disciplinary Board? The usual starting point in a discussion of this nature is the "Electricity Commissioners" formula, found at p. 205 of *R. v. Electricity Commissioners, Ex p. London Electricity Joint Committee Company (1920), Limited*¹⁶, where Atkin L.J. had this to say

Wherever any body of persons having legal authority to determine questions affecting the rights of subjects, and having the duty to act judicially, act in excess of their legal authority they are subject to the controlling jurisdiction of the King's Bench Division exercised in these writs.

¹⁴ [1972] 2 All E.R. 589.

¹⁵ [1964] A.C. 40.

¹⁶ [1924] 1 K.B. 171 (C.A.).

[TRADUCTION] Ma perception de la situation est que les limites exactes de l'ancien recours par voie de *certiorari* n'ont jamais été et ne doivent pas être spécifiquement définies. Elles ont varié dans le temps, s'étendant pour répondre à des besoins nouveaux. Il fut un temps où seule une cour d'instance inférieure pouvait faire l'objet du bref. Plus tard sa portée a été étendue aux tribunaux statutaires qui tranchent un litige entre des parties. Plus tard encore, il s'est étendu à des cas où il n'y a pas litige au sens strict du terme mais où des droits actuels ou futurs d'un citoyen sont touchés. Les seules limites constantes sont qu'il s'agisse d'un devoir public.

Lord Roskill dans *Re Liverpool Taxi Owners' Association*¹⁴, à la p. 596, a rendu cette idée en ces termes:

[TRADUCTION] La longue histoire juridique des anciens brefs de prérogative et de leurs équivalents modernes, les ordonnances de prohibition, de *mandamus* et de *certiorari*, montre que leur application a toujours été souple et a suivi le besoin de les utiliser dans des conditions sociales différentes au cours des siècles.

Les principes de justice naturelle et d'équité ont mûri ces dernières années. Et le bref de *certiorari* a évolué au même rythme. Les opinions formulées dans *Ridge v. Baldwin*¹⁵ montrent un droit administratif en évolution.

VII

Le comité de discipline des détenus peut-il faire l'objet d'un *certiorari*? Le point de départ habituel d'une analyse de ce genre est la formule de l'arrêt «Electricity Commissioners», qui se trouve à la p. 205 de *R. v. Electricity Commissioners, Ex p. London Electricity Joint Committee Company (1920), Limited*¹⁶, où le lord juge Atkin a dit:

[TRADUCTION] Chaque fois qu'un organisme légalement investi du pouvoir de trancher des questions qui touchent aux droits des citoyens, et ayant l'obligation d'agir de façon judiciaire, outrepassé son pouvoir légal, ses décisions sont soumises au pouvoir de contrôle de la Division du Banc du Roi par le biais de ces brefs.

¹⁴ [1972] 2 All E.R. 589.

¹⁵ [1964] A.C. 40.

¹⁶ [1924] 1 K.B. 171 (C.A.).

Difficulty has arisen from the statement of Atkin L.J., in part from the fact that his words have been treated as if they had been engraven in stone, and in part because it is not clear what Atkin L.J. meant. How far, if at all, did he mean to limit the use of orders for *certiorari* and prohibition by the phrase “and having the duty to act judicially”? What did he mean by “judicially” in the context? It will be recalled that in the *Electricity Commissioners* case itself *certiorari* and prohibition issued to a group of administrators who were acting far more as part of the legislative than of the judicial process.

“Rights of Subjects”

The term “rights of subjects” has given concern, often being treated by courts as the *sine qua non* of jurisdiction to permit review. There has been an unfortunate tendency to treat “rights” in the narrow sense of rights to which correlative legal duties attach. In this sense, “rights” are frequently contrasted with “privileges”, in the mistaken belief that only the former can ground judicial review of the decision-maker’s actions. *Lain* is invaluable on this branch of Lord Atkin’s test.

There the absence of any legal right on the part of the claimants to *ex gratia* payments from the criminal injuries compensation board would seem to pose an insuperable obstacle, but Ashworth J. disposed of this impediment without trouble and in broadest language:

For my part, I doubt whether Atkin L.J. was propounding an all-embracing definition of the circumstances in which relief by way of *certiorari* would lie. In my judgment the words in question read in the context of what precedes and follows them, would be of no less value if they were altered by omitting “the rights of” so as to become “affecting subjects”. (p. 892)

Lord Denning aptly summarized the state of the law on this aspect in *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*¹⁷. There, the Master of the Rolls stated:

¹⁷ [1969] 2 Ch. 149 (C.A.).

L’*énoncé* de lord Atkin a soulevé des difficultés, en partie parce qu’on l’a considéré comme immuable, et en partie parce que ce que lord Atkin a voulu dire n’est pas clair. Voulait-il limiter l’emploi des ordonnances de *certiorari* et de prohibition par l’expression «et ayant l’obligation d’agir de façon judiciaire» et, si oui, dans quelle mesure? Dans le contexte, que voulait-il dire par «de façon judiciaire»? On se rappellera que dans l’affaire *Electricity Commissioners*, des brefs de *certiorari* et de prohibition ont effectivement été délivrés à l’encontre d’un groupe d’administrateurs qui participaient plus à un processus législatif que judiciaire.

Les «droits des citoyens»

L’expression «droits des citoyens» a causé des difficultés car les cours l’ont souvent considérée comme la condition *sine qua non* du pouvoir de contrôle. Il y a eu une tendance malheureuse à considérer les «droits» dans le sens étroit de droits auxquels sont attachées des obligations juridiques. Dans ce sens, on oppose fréquemment «droits» et «privileges», croyant à tort que seuls les premiers peuvent fonder le contrôle judiciaire des actes de l’instance décisionnelle. L’arrêt *Lain* donne une interprétation inestimable de cette partie du critère de lord Atkin.

Dans cet arrêt, l’absence d’un droit des réclamants à des paiements à titre gracieux de la Commission d’indemnisation des victimes d’actes criminels aurait dû constituer a priori un obstacle insurmontable, mais le juge Ashworth en a disposé sans difficulté et dans les termes les plus larges:

[TRADUCTION] Pour ma part, je doute que le lord juge Atkin ait proposé une définition exhaustive des circonstances dans lesquelles il y aurait lieu à un redressement par voie de *certiorari*. A mon avis, les termes en question lus dans le contexte de ce qui les précède et de ce qui les suit ne perdraient rien s’ils étaient modifiés par l’omission de «droits» et devenaient «qui touchent les citoyens». (p. 892)

Lord Denning a bien résumé l’état du droit sur ce point dans *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*¹⁷. Le Maître des rôles y a dit:

¹⁷ [1969] 2 Ch. 149 (C.A.).

The speeches in *Ridge v. Baldwin* ... show that an administrative body may, in a proper case, be bound to give a person who is affected by their decision an opportunity of making representations. It all depends on whether he has some right or interest, or, I would add, some legitimate expectation, of which it would not be fair to deprive him without hearing what he has to say. (p. 170)

Professor Wade, in his book on *Administrative Law* (4th ed. 1977), has captured the relevance of this requirement of the test in this passage:

This requirement is really correlative to the idea of legal power, the exercise of which necessarily affects some person's legal rights, status or situation. The primary object of *certiorari* and prohibition is to make the machinery of government operate properly in the public interest, rather than to prevent private rights ... The requirement of a decision 'affecting rights' is not therefore a limiting factor; it is rather an automatic consequence of the fact that power is being exercised. (pp. 541-2)

When concerned with individual cases and aggrieved persons, there is the tendency to forget that one is dealing with public law remedies, which, when granted by the courts, not only set aright individual injustice, but also ensure that public bodies exercising powers affecting citizens heed the jurisdiction granted them. *Certiorari* stems from the assumption by the courts of supervisory powers over certain tribunals in order to assure the proper functioning of the machinery of government. To give a narrow or technical interpretation to "rights" in an individual sense is to misconceive the broader purpose of judicial review of administrative action. One should, I suggest, begin with the premise that any public body exercising power over subjects may be amenable to judicial supervision, the individual interest involved being but one factor to be considered in resolving the broad policy question of the nature of review appropriate for the particular administrative body.

"Duty to Act Judicially"

Prior to the decision in *Ridge v. Baldwin*, it was generally accepted that *certiorari* would only be

[TRADUCTION] Les opinions dans *Ridge v. Baldwin* ... indiquent qu'un organisme administratif peut, dans un cas approprié, être obligé de donner à une personne que touche sa décision la possibilité de faire valoir des arguments. Tout dépend de son droit ou intérêt éventuels ou, ajouterais-je, d'un espoir légitime dont il serait inéquitable de la priver sans entendre ce qu'elle a à dire. (p. 170)

Le professeur Wade, dans son ouvrage *Administrative Law* (4^e éd. 1977), a bien rendu la pertinence de cette exigence du critère dans le passage suivant:

[TRADUCTION] Cette exigence est en fait le corollaire de l'idée de pouvoir juridique, dont l'exercice touche nécessairement aux droits, au statut ou à la situation d'une personne. L'objectif premier des brefs de *certiorari* et de prohibition est d'assurer le fonctionnement de l'appareil gouvernemental dans l'intérêt public plutôt que de protéger des droits de nature privée ... L'exigence d'une décision «qui touche aux droits» n'est donc pas un facteur limitatif; c'est plutôt une conséquence automatique de l'exercice de ce pouvoir. (pp. 541 et 542)

Lorsqu'il s'agit de cas individuels et de personnes lésées, l'on tend à oublier que l'on traite de recours de droit public qui, lorsque les tribunaux les accordent, non seulement remédient à l'injustice individuelle, mais aussi garantissent que les organismes publics qui exercent des pouvoirs touchant les citoyens respectent la compétence qui leur a été attribuée. Le *certiorari* est issu du pouvoir de surveillance qu'ont assumé les cours sur certains tribunaux pour garantir le bon fonctionnement de l'appareil gouvernemental. Donner une interprétation étroite ou formaliste aux «droits» dans un sens individuel est se méprendre sur l'objectif plus large du contrôle judiciaire de l'activité de l'administration. On devrait, selon moi, partir de la prémisse que tout organisme public qui exerce un pouvoir sur des citoyens peut être assujéti au contrôle judiciaire, l'intérêt individuel en cause n'étant qu'un des facteurs à considérer pour résoudre la question de principe générale de la nature du pouvoir de révision qu'il convient d'appliquer à un organisme administratif particulier.

L'«obligation d'agir de façon judiciaire»

Avant l'arrêt *Ridge v. Baldwin*, il était généralement admis qu'un *certiorari* n'est accordé que

granted when the nature of the process by which the decision was arrived at was a judicial process or a process analogous to the judicial process: *Nakkuda Ali v. Jayaratne*¹⁸. This notion of a "super-added duty to act judicially", as a separate and independent pre-condition to the availability of natural justice, and inferentially, to recourse to *certiorari*, was unequivocally rejected by Lord Reid in *Ridge*:

If Lord Hewart meant that it is never enough that a body simply has a duty to determine what the rights of an individual should be, but that there must always be something more to impose on it a duty to act judicially before it can be found to observe the principles of natural justice, then that appears to me impossible to reconcile with the earlier authorities. (p. 75)

In the *Electricity Commissioners* case itself, Lord Reid observed, the judicial element was inferred from the nature of the power.

Perhaps the best expression of the significance of the decision in *Ridge v. Baldwin* is found in the reasons of Lord Widgery C.J. in *R. v. London Borough of Hillingdon, Ex p. Royco Homes Ltd.*¹⁹, wherein he considered the availability of *certiorari* to review the grant of a planning permission by a local authority:

Accordingly it may be that previous efforts to use *certiorari* in this field have been deterred by Atkin L.J.'s reference to its being necessary for the body affected to have the duty to act judicially. If that is so, that reason for reticence on the part of applicants was, I think, put an end to in the House of Lords in *Ridge v. Baldwin* . . . in the course of his speech Lord Reid made reference to that oft quoted dictum of Atkin L.J. and pointed out that the additional requirement of the body being under a duty to act judicially was not supported by authority. Accordingly, it seems to me now that that obstacle, if obstacle it was, has been cleared away and I can see no reason for this court holding otherwise than that there is power in appropriate cases for the use of the prerogative orders to control the activity of a local planning authority.

A flexible attitude toward the potential application of *certiorari* was furthered in another recent English case, this one in the Court of Appeal, in *R.*

lorsque le processus conduisant à la décision est de nature judiciaire ou analogue à un processus judiciaire: *Nakkuda Ali v. Jayaratne*¹⁸. Cette notion d'une «obligation supplémentaire d'agir de façon judiciaire», comme condition préalable distincte et indépendante du droit à la justice naturelle et, par conséquent, du recours en *certiorari*, a été rejetée sans équivoque par lord Reid dans *Ridge*:

[TRADUCTION] Si lord Hewart voulait dire qu'il ne suffit jamais qu'un organisme ait simplement l'obligation de décider quels doivent être les droits d'une personne, mais qu'il doit toujours y avoir quelque chose de plus qui lui impose l'obligation d'agir de façon judiciaire avant qu'on puisse exiger qu'il observe les principes de justice naturelle, cela me paraît irréconciliable avec la jurisprudence antérieure. (p. 75)

Lord Reid a fait observer que dans l'arrêt *Electricity Commissioners* lui-même, l'élément judiciaire a été déduit de la nature du pouvoir.

Le meilleur énoncé de l'importance de l'arrêt *Ridge v. Baldwin* se trouve probablement dans les motifs du lord juge en chef Widgery dans *R. v. London of Hillingdon, Ex p. Royco Homes Ltd.*¹⁹, où il a considéré la possibilité du recours au *certiorari* pour réviser un permis de construire accordé par une autorité locale:

[TRADUCTION] En conséquence, il se peut que la référence par le lord juge Atkin à la nécessité que l'organisme en question ait l'obligation d'agir de façon judiciaire ait découragé les tentatives antérieures de recourir au *certiorari* dans ce domaine. Si c'est le cas, par l'arrêt *Ridge v. Baldwin*, la Chambre des lords a mis un terme à ce motif de réticence des requérants . . . dans son opinion, lord Reid a fait référence au dictum souvent cité du lord Atkin et a souligné que l'exigence additionnelle que l'organisme ait l'obligation d'agir de façon judiciaire ne trouvait pas d'appui dans la jurisprudence. En conséquence, il me semble que cet obstacle, si obstacle il y avait, a été levé et je ne vois pas pourquoi cette cour ne conclurait pas à la possibilité, dans les cas appropriés, d'utiliser les brefs de prerogative pour contrôler l'activité d'un service local d'urbanisme.

Une attitude souple à l'égard de l'application potentielle du *certiorari* a été encouragée dans un autre arrêt anglais récent de la Cour d'appel, *R. v.*

¹⁸ [1951] A.C. 66 (P.C.).

¹⁹ [1974] 2 All E.R. 643 (Q.B.D.).

¹⁸ [1951] A.C. 66 (C.P.).

¹⁹ [1974] 2 All E.R. 643 (Q.B.D.).

*v. Barnsely Metropolitan Borough Council, Ex p. Hook*²⁰.

In a *habeas corpus* case, *In re H.K. (an infant)*²¹, Lord Parker was of the opinion that the immigration officers who refused to admit a boy into the United Kingdom were acting in an administrative and not in a judicial or quasi-judicial capacity: nevertheless, he held they must act honestly and fairly, otherwise their decision could be questioned by *certiorari*. And in the *Liverpool Taxi Owners' case, supra*, Roskill L.J. spoke of the power of the courts to intervene in a suitable case when the function was administrative and not judicial or quasi-judicial:

The power of the court to intervene is not limited, as once was thought, to those cases where the function in question is judicial or quasi-judicial. The modern cases show that this court will intervene more widely than in the past. Even where the function is said to be administrative, the court will not hesitate to intervene in a suitable case if it is necessary in order to secure fairness. (p. 596)

Then there is the well-known passage in the speech of Lord Morris of Borth-y-Gest in *Furnell v. Whangarei High Schools Board*²², speaking for a Privy Council majority of three: . . . "Natural justice is but fairness writ large and juridically. It has been described as 'fair play in action'. Nor is it a leaven to be associated only with judicial or quasi-judicial occasions." (p. 679) In the same case, the penultimate paragraph from the speech of Viscount Dilhorne and Lord Reid, dissenting, reads:

It is not in this case necessary to decide whether the function of the sub-committee is to be described as judicial, quasi-judicial or administrative. I am inclined to think that it is at least quasi-judicial, but if it be administrative, it was the duty of the sub-committee before they condemned or criticised Mr. Furnell "to give him a fair opportunity of commenting or contradicting what is said against him". That they did not do. (p. 691)

²⁰ [1976] 3 All E.R. 452.

²¹ [1967] 2 Q.B. 617.

²² [1973] A.C. 660 (P.C.).

*Barnsely Metropolitan Borough Council, Ex p. Hook*²⁰.

Dans une affaire d'*habeas corpus*, *In re H.K. (an infant)*²¹, lord Parker s'est dit d'avis que les agents d'immigration qui avaient refusé de laisser entrer un garçon au Royaume-Uni agissaient à titre administratif et non pas judiciaire ou quasi judiciaire: il a néanmoins conclu qu'ils devaient agir honnêtement et équitablement, autrement leur décision pouvait être contestée par voie de *certiorari*. Et voici les propos du lord juge Roskill dans l'arrêt *Liverpool Taxi Owners*, précité, au sujet du pouvoir d'intervention des cours dans un cas approprié lorsque la fonction est de nature administrative et non pas judiciaire ou quasi judiciaire:

[TRADUCTION] Le pouvoir d'intervention de la cour n'est pas limité, comme on l'a déjà cru, aux cas où la fonction en question est de nature judiciaire ou quasi judiciaire. Les décisions modernes indiquent que cette cour interviendra plus largement que par le passé. Même lorsque la fonction est qualifiée d'administrative, la cour n'hésitera pas à intervenir dans un cas approprié si cela est nécessaire pour garantir l'équité. (p. 596)

Il y a également le passage bien connu de l'opinion de lord Morris of Borth-y-Gest dans *Furnell v. Whangarei High Schools Board*²², au nom d'une majorité de trois membres du Conseil privé: [TRADUCTION] . . . «la justice naturelle, c'est l'équité exprimée en termes larges et juridiques. On l'a décrite comme «la mise en pratique du franc-jeu». C'est un catalyseur dont l'action n'est pas uniquement associée au processus judiciaire ou quasi judiciaire.» (p. 679) Dans le même arrêt, l'avant-dernier alinéa de l'opinion du vicomte Dilhorne et de lord Reid, dissidents, se lit:

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire en l'espèce de décider si la fonction du sous-comité doit être qualifiée de judiciaire, de quasi judiciaire ou d'administrative. Je tends à penser qu'elle est au moins quasi judiciaire, mais même si elle est administrative, le sous-comité avait l'obligation avant de condamner ou de blâmer M. Furnell «de lui donner une possibilité raisonnable de commenter ou de contredire ce qui est dit contre lui». Le sous-comité ne l'a manifestement pas fait. (p. 691)

²⁰ [1976] 3 All E.R. 452.

²¹ [1967] 2 Q.B. 617.

²² [1973] A.C. 660 (C.P.).

Professor John Evans, writing in (1977) 23 McGill L.J. 132, at pp. 134-5, has noted:

Recent English decisions have severed the availability of *certiorari* and prohibition from the requirement that the body must act "judicially" in the sense that it is bound by the rules of natural justice. It may be concluded, therefore, that there is nothing in the judgment of Pigeon J. [in *Howarth*] to prevent the Trial Division from quashing decisions of a "purely administrative" nature or from developing procedural requirements derived from the "duty to act fairly".

In the view of another commentator, Professor Jones (1975) 21 McGill Law Journal 434, at p. 438:

Certainly in England and in most other parts of the Commonwealth, the requirement for judicial review that the exercise of a statutory power must not only affect the rights of a subject, but also be subject to a superadded duty to act judicially, is now thoroughly discredited. In other words, the ratio of *Nakkuda Ali v. Jayaratne* in the Privy Council—and hence, one would have thought, of *Calgary Power v. Copithorne* in the Supreme Court of Canada—is no longer good law.

The authorities to which I have referred indicate that the application of a duty of fairness with procedural content does not depend upon proof of a judicial or quasi-judicial function. Even though the function is analytically administrative, courts may intervene in a suitable case.

In the case at bar, the disciplinary board was not under either an express or implied duty to follow a judicial type of procedure, but the board was obliged to find facts affecting a subject and to exercise a form of discretion in pronouncing judgment and penalty. Moreover, the board's decision had the effect of depriving an individual of his liberty by committing him to a "prison within a prison". In these circumstances, elementary justice requires some procedural protection. The rule of law must run within penitentiary walls.

In my opinion, *certiorari* avails as a remedy wherever a public body has power to decide any

Le professeur John Evans, dans un article du (1977) 23 McGill L.J. 132, a noté aux pp. 134 et 135:

[TRADUCTION] Des décisions anglaises récentes ont affranchi le droit aux brefs de *certiorari* et de prohibition de l'exigence que l'organisme agisse «de façon judiciaire» en ce sens qu'il soit lié par les règles de justice naturelle. On peut donc conclure que rien dans les motifs du juge Pigeon [dans *Howarth*] n'empêche la Division de première instance d'annuler des décisions d'une nature «purement administrative» ou d'élaborer des exigences de procédure dérivées de «l'obligation d'agir équitablement».

Selon un autre commentateur, le professeur Jones (1975) 21 McGill Law Journal 434, à la p. 438:

[TRADUCTION] Certainement en Angleterre et dans la plupart des autres pays du Commonwealth, la condition préalable du contrôle judiciaire, savoir que l'exercice d'un pouvoir juridique doit non seulement toucher aux droits d'une personne mais aussi être assujéti à une obligation supplémentaire d'agir de façon judiciaire est maintenant totalement discréditée. En d'autres mots, la règle de l'arrêt *Nakkuda Ali v. Jayaratne* du Conseil privé—et, en conséquence, semble-t-il, de l'arrêt *Calgary Power c. Copithorne* de la Cour suprême du Canada—n'énonce plus l'état du droit.

Les sources que j'ai mentionnées indiquent que l'application d'une obligation d'agir équitablement assortie d'un contenu procédural ne dépend pas de la preuve d'une fonction judiciaire ou quasi judiciaire. Même lorsque la fonction s'avère administrative à l'analyse, les cours peuvent intervenir dans un cas approprié.

En l'espèce, le comité de discipline n'était ni expressément ni implicitement tenu de suivre une procédure de nature judiciaire, mais en rendant sa décision et en imposant la peine, il devait constater des faits touchant un citoyen et exercer un certain pouvoir discrétionnaire. De plus, la décision du comité avait pour effet de priver une personne de sa liberté en l'incarcérant dans une «prison au sein d'une prison». Dans ces circonstances, la justice élémentaire exige une certaine protection dans la procédure. Le principe de la légalité doit régner à l'intérieur des murs d'un pénitencier.

A mon avis, on peut recourir au *certiorari* chaque fois qu'un organisme public a le pouvoir de

matter affecting the rights, interests, property, privileges, or liberties of any person.

VIII

“Fairness”

The approach taken to the “fairness” doctrine by the Court in *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police, supra*, notably its differentiation from traditional natural justice, permits one to dispense with classification as a precondition to the availability of *certiorari*. Conceptually, there is much to be said against such a differentiation between traditional natural justice and procedural fairness, but if one is forced to cast judicial review in traditional classification terms, as is the case under the *Federal Court Act*, there can be no doubt that procedural fairness extends well beyond the realm of the judicial and quasi-judicial, as commonly understood.

Once one moves from the strictures of s. 28 of the *Federal Court Act*, the judgment in *Nicholson* permits departure from the rigidity of classification of functions for the purposes of procedural safeguards. In finding that a duty of fairness rested upon the Police Commissioners in a dismissal case, Chief Justice Laskin, speaking for a majority of the Court, employed the English fairness cases to import that duty. While the cases were there used to establish minimal protection for the constable under *The Judicial Review Procedure Act*, 1971 (Ont.), c. 48, the same cases have been employed in England to extend the reach of *certiorari* to decisions not strictly judicial or quasi-judicial. After referring to the emergence of a notion of fairness “involving something less than the procedural protection of traditional natural justice”, the Chief Justice had this to say:

What rightly lies behind this emergence is the realization that the classification of statutory functions as judicial, quasi-judicial or administrative is often very difficult, to say the least; and to endow some with procedural protection while denying others any at all would work injustice when the results of statutory decisions raise the same serious consequences for those

trancher une question touchant aux droits, intérêts, biens, privilèges ou libertés d'une personne.

VIII

L'«équité»

La façon d'aborder la doctrine d'«équité» adoptée par la Cour dans *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, précité, notamment en la distinguant de la justice naturelle traditionnelle, permet de se dispenser de la classification comme condition préalable au recours en *certiorari*. Sur le plan des concepts, les arguments contre pareille distinction entre la justice naturelle traditionnelle et l'équité dans la procédure ne manquent pas, mais s'il faut placer le contrôle judiciaire dans la classification traditionnelle, comme l'exige la *Loi sur la Cour fédérale*, il ne peut y avoir de doute que l'équité dans la procédure s'étend bien au-delà du domaine du judiciaire et du quasi judiciaire, dans leur sens habituel.

Lorsqu'on s'éloigne des restrictions de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, l'arrêt *Nicholson* permet de s'écarter de la classification rigide des fonctions aux fins des garanties offertes par la procédure. En concluant que les services de police avaient l'obligation d'agir équitablement dans un cas de renvoi, le juge en chef Laskin, exprimant l'opinion majoritaire, a utilisé les arrêts anglais sur l'équité pour introduire cette obligation. Alors que ces arrêts y ont été utilisés pour accorder un minimum de protection à un agent de police en vertu de *The Judicial Review Procedure Act*, 1971 (Ont.) chap. 48, ils l'ont été, en Angleterre, pour étendre la portée du *certiorari* à des décisions qui ne sont pas strictement judiciaires ou quasi judiciaires. Après avoir fait référence à l'apparition d'une notion d'équité «moins exigeante que la protection procédurale de la justice naturelle traditionnelle», le Juge en chef a dit:

L'apparition de cette notion résulte de la constatation qu'il est souvent très difficile, sinon impossible, de répartir les fonctions créées par la loi dans les catégories judiciaire, quasi judiciaire ou administrative; de plus il serait injuste de protéger certains au moyen de la procédure tout en la refusant complètement à d'autres lorsque l'application des décisions prises en vertu de la loi

adversely affected, regardless of the classification of the function in question: see, generally, Mullan, *Fairness: The New Natural Justice* (1975), 25 Univ. of Tor. L.J. 281. (p. 325)

The Chief Justice also quoted a passage from Lord Denning's judgment in *Selvarajan v. Race Relations Board*²³, in which the Master of the Rolls summed up his earlier decisions and formulated the "fundamental rule":

that, if a person may be subjected to pains or penalties, or be exposed to prosecution or proceedings, or deprived of remedies or redress, or in some such way adversely affected by the investigation and report, then he should be told the case made against him and be afforded a fair opportunity of answering it. (p. 19)

Of particular interest in the passage is the absence of reference to "rights". The imprecise "rights/privileges" dichotomy is utterly ignored.

IX

One matter remains—the so-called "disciplinary exception". There are authorities (see *R. v. Army Council, Ex p. Ravenscroft*²⁴; *Dawkins v. Lord Rokeby*²⁵; *Re Armstrong and Whitehead*²⁶) which hold that review by way of *certiorari* does not go to a body such as the armed services, police, or firemen, with its own form of private discipline and its own rules. Relying on this analogy, it is contended that disciplinary powers are beyond judicial control and that this extends to prison discipline. I do not agree.

In *Fraser v. Mudge*²⁷, it was held that the English *Prison Act* 1952, requiring the Home Secretary to give an inmate charged with an offence a proper opportunity of presenting his case, did not entitle the inmate to legal representation at the hearing, but Lord Denning M.R. observed that those who heard the case had the duty to act fairly. Judicial review was not

entraînent les mêmes conséquences graves pour les personnes visées, quelle que soit la catégorie de la fonction en question. Voir Mullan, *Fairness: The New Natural Justice* (1975), 25 Univ. of Tor. L.J. 281. (p. 325)

Le Juge en chef a aussi cité un extrait des motifs de lord Denning dans *Selvarajan v. Race Relations Board*²³, dans lequel le Maître des rôles a résumé ses décisions antérieures et a formulé la «règle fondamentale»:

[TRADUCTION] que dès qu'on peut infliger des peines ou sanctions à une personne ou qu'on peut la poursuivre ou la priver de recours, de redressement ou lui faire subir de toute autre manière un préjudice en raison de l'enquête et du rapport, il faut l'informer de la nature de la plainte et lui permettre d'y répondre. (p. 19)

Il est particulièrement intéressant de noter l'absence dans ce passage de référence à des «droits». On y fait totalement abstraction de la dichotomie imprecise «droits/privileges».

IX

Il reste une question, ce qu'on appelle l'«exception disciplinaire». Selon une certaine jurisprudence (voir *R. v. Army Council, Ex p. Ravenscroft*²⁴; *Dawkins v. Lord Rokeby*²⁵; *Re Armstrong and Whitehead*²⁶) on ne peut réviser par voie de *certiorari* les décisions d'organismes comme les forces armées, les services de police ou les pompiers, qui ont leur propre forme de discipline interne et leurs propres règles. Par analogie, on prétend que les pouvoirs disciplinaires échappent au contrôle judiciaire et que cela s'étend à la discipline carcérale. Je ne suis pas de cet avis.

Dans *Fraser v. Mudge*²⁷, il a été décidé que la *Prison Act* anglaise de 1952, qui exige que le ministre de l'Intérieur accorde à un détenu inculpé d'une infraction une possibilité raisonnable de faire valoir sa défense, ne donnait pas à ce détenu le droit d'être représenté par avocat à l'instruction, mais le Maître des rôles, lord Denning, a fait observer que ceux qui avaient entendu l'affaire

²³ [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.).

²⁴ [1917] 2 K.B. 504.

²⁵ L.R. 8 Q.B. 255.

²⁶ [1973] 2 O.R. 495.

²⁷ [1975] 3 All E.R. 78 (C.A.).

²³ [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.).

²⁴ [1917] 2 K. B. 504.

²⁵ L.R. 8 Q.B. 255.

²⁶ [1973] 2 O.R. 495.

²⁷ [1975] 3 All E.R. 78 (C.A.).

precluded.

There is the more recent case of *R. v. Board of Visitors of Hull Prison, Ex p. St. Germain, supra*. The central issue in that case was whether *certiorari* would go to quash a disciplinary decision of a board of visitors, the duties of which embraced inquiry into charges against inmates. The Divisional Court found that disciplinary procedures within the prison were judicial but invoked the "disciplinary exception", and held that the actions of the board of visitors were not amenable to the review by way of *certiorari*. A unanimous Court of Appeal disagreed, however, holding that adjudication by boards of visitors in prisons were, indeed, amenable to *certiorari*. The Court rejected the submission that prisoners have no legally enforceable rights. Megaw L.J. concluded that the observance of procedural fairness in prisons is properly a subject for review. Shaw L.J. held that despite deprivation of his general liberty a prisoner remains invested with residuary rights appertaining to the nature and conduct of his incarceration. Waller L.J. accepted the proposition of Lord Reid in *Ridge v. Baldwin* that deprivation of rights or privileges are equally important and applied that proposition to the context of prison discipline.

Another case of interest is *Daemar v. Hall*²⁸, a decision of the New Zealand Supreme Court, relied upon by the Court of Appeal in *Hull Prison*. Daemar had been tried by a visiting justice, and sentenced to four days' loss of remission. It was argued that the decision was not subject to judicial review under the *Judicature Amendment Act 1972*, as *certiorari* would not lie to such a disciplinary decision. McMullin J. reviewed the authorities at length, including the Canadian decisions of *The Queen and Archer v. White*²⁹; *Martineau* (No. 1), and *Regina v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp, Ex. p.*

²⁸ [1978] 2 N.Z.L.R. 594.

²⁹ [1956] S.C.R. 154.

avaient l'obligation d'agir équitablement. Le contrôle judiciaire n'était pas exclu.

Dans l'arrêt plus récent *R. v. Board of Visitors of Hull Prison, Ex p. St. Germain*, précité, la question principale était de savoir si l'on pouvait avoir recours au *certiorari* pour annuler une décision disciplinaire d'un comité de visiteurs, dont les obligations comprenaient celle d'enquêter sur les accusations portées contre des détenus. La Cour divisionnaire a conclu que les procédures disciplinaires à l'intérieur de la prison étaient de nature judiciaire, mais, invoquant «l'exception disciplinaire», elle a décidé que les actes d'un comité de visiteurs ne sont pas susceptibles de révision par voie de *certiorari*. Unanimement en désaccord, la Cour d'appel a statué que les décisions des comités de visiteurs dans les prisons pouvaient effectivement faire l'objet d'un *certiorari*. Elle a rejeté l'argument que les prisonniers n'avaient aucun droit à faire valoir en justice. Le lord juge Megaw a conclu que le respect de l'équité dans la procédure au sein des prisons peut à bon droit faire l'objet d'une révision. Le lord juge Shaw a décidé qu'un prisonnier, bien que privé de sa liberté habituelle, demeure investi de droits résiduels relatifs à la nature et au soin de son incarcération. Le lord juge Waller a accepté l'énoncé de lord Reid dans *Ridge v. Baldwin* que la privation de droits ou celle de privilèges sont d'une importance égale, et l'a appliqué au contexte de la discipline carcérale.

Une autre affaire intéressante est *Daemar v. Hall*²⁸, décision de la Cour suprême de Nouvelle-Zélande, sur laquelle s'est appuyée la Cour d'appel dans *Hull Prison*. Daemar avait été jugé par un juge visiteur et condamné à perdre quatre jours de réduction de peine. On a plaidé que la décision n'était pas soumise au contrôle judiciaire en vertu de la *Judicature Amendment Act 1972*, puisque pareille décision disciplinaire ne pouvait faire l'objet d'un *certiorari*. Le juge McMullin a fait un examen exhaustif de la jurisprudence, y compris des arrêts canadiens *La Reine et Archer c. White*²⁹; *Martineau* (n° 1), et *Regina v. Institutio-*

²⁸ [1978] 2 N.Z.L.R. 594.

²⁹ [1956] R.C.S. 154.

*McCaud*³⁰. McMullin J. exercised his discretion in favour of the prisoner, commenting that the loss of four days' remission was not a "trifle", but "tantamount to the imposition of an extra four days imprisonment at the end of a sentence". As in *Hull Prison*, this decision is based upon a finding that the visiting justice was acting in a judicial capacity and that the Regulations were a procedural code, any breach of which constituted a breach of natural justice in the circumstances. Both of these conclusions are foreclosed in the case at bar by the decision in *Martineau* (No. 1). *Hull Prison* and *Daemar* are important, however, as supporting the view that there is no domestic "discipline" exception to the scope of *certiorari*.

The case of *The Queen and Archer v. White*, *supra*, must also be noted. White, a constable, was convicted by Archer, a police superintendent, of four disciplinary charges laid under s. 30 of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1952, c. 241. He applied for *certiorari*. The trial judge denied the writ. He was reversed on appeal. The decision of the Court of Appeal for British Columbia was reversed in this Court. Rand J., delivering judgment on the part of four members of the Court, likened the Force to the Army, saying:

From the beginning it has been stamped with characteristics of the Army; the mode of organization, its barrack life, the uniform, address and bearing of the members, *esprit de corps* and discipline. (p. 158)

He then referred to the engagement for a term of service not exceeding five years upon which one entered on becoming a member of the Force. Parenthetically, this notion of contractual commitment to rules of internal discipline, a sort of *volens*, is sometimes advanced in support of the argument for a disciplinary exception. Whatever may be the force of that argument in other contexts, it is wholly inapplicable in a prison environment.

³⁰ [1969] 1 C.C.C. 371.

*nal Head of Beaver Creek Correctional Camp, Ex p. McCaud*³⁰. Il a exercé son pouvoir discrétionnaire en faveur du détenu, faisant remarquer que la perte de quatre jours de réduction de peine n'était pas une [TRADUCTION] «bagatelle» mais [TRADUCTION] «équivalait à l'imposition de quatre jours supplémentaires d'emprisonnement à l'expiration d'une sentence». Comme dans l'arrêt *Hull Prison*, cette décision se fonde sur la conclusion que le juge visiteur exerce une fonction judiciaire et que les règlements constituent un code de procédure, dont toute violation constitue une violation de la justice naturelle dans les circonstances. En l'espèce, l'arrêt *Martineau* (n° 1) exclut ces deux conclusions. Cependant les décisions *Hull Prison* et *Daemar* sont importantes en ce qu'elles appuient l'opinion que l'exception de «discipline» interne ne limite pas le champ du *certiorari*.

Il faut aussi noter l'arrêt *La Reine et Archer c. White*, précité. Archer, un surintendant de la Gendarmerie, a trouvé White, un agent, coupable de quatre infractions disciplinaires portées en vertu de l'art. 30 de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, S.R.C. 1952, chap. 241. Ce dernier a demandé un *certiorari*. Le juge de première instance le lui a refusé. Sa décision a été infirmée en appel. L'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été infirmé par cette Cour. Le juge Rand, rendant jugement au nom de quatre membres de la Cour, a comparé la Gendarmerie à l'Armée:

[TRADUCTION] Dès le départ, elle a été marquée de caractéristiques de l'Armée: le type d'organisation, la vie de caserne, l'uniforme, la tenue et la conduite de ses membres, son esprit de corps et sa discipline. (p. 158)

Il a ensuite fait mention de l'engagement pour une période n'excédant pas cinq ans contracté en devenant membre de la Gendarmerie. Entre parenthèses, on fait parfois valoir cette notion d'un engagement contractuel de respecter les règles de discipline interne, une espèce de *volens*, à l'appui de l'argument en faveur d'une exception disciplinaire. Quel que puisse être le poids de cet argument dans d'autres contextes, il est totalement inapplicable dans le milieu carcéral.

³⁰ [1969] 1 C.C.C. 371.

The Federal Court of Appeal in *Martineau* (No. 1) relied upon *The Queen and Archer v. White* in holding that “disciplinary decisions” were not amenable to review by way of s. 28 application. There can be no doubt that all members of this Court in *The Queen and Archer v. White* held that, in the circumstances, *certiorari* would not lie to the domestic disciplinary decision of the R.C.M.P. superintendent. As I read the case, however, Rand J. does not rule out the possibility of *certiorari* in a suitable case. He regarded the internal code as *prima facie* the exclusive means by which discipline would be enforced, but in the passage quoted hereunder he appears to have recognized three exceptions: (i) where the powers are abused to such a degree as to put action beyond the purview of the statute, (ii) the action is itself unauthorized, or (iii) the proceedings infringe those underlying principles of judicial process deemed annexed to legislation unless excluded by its implications. Natural justice and fairness are principles of judicial process deemed by the common law to be annexed to legislation, with a view to bringing statutory provisions into conformity with the common law requirements of justice. The passage to which I refer reads as follows:

Parliament has specified the punishable breaches of discipline and has equipped the Force with its own courts for dealing with them and it needs no amplification to demonstrate the object of that investment. Such a code is *prima facie* to be looked upon as being the exclusive means by which this particular purpose is to be attained. Unless, therefore, the powers given are abused to such a degree as puts action taken beyond the purview of the statute or unless the action is itself unauthorized, that internal management is not to be interfered with by any superior court in exercise of its long established supervisory jurisdiction over inferior tribunals. The question, therefore, is whether or not in the application made before Wood J., including the materials furnished by affidavit, anything has been alleged and supported by evidence to show that the proceedings infringed or were outside the authority of either the statute or those underlying principles of judicial process to be deemed annexed to legislation unless excluded by its implications. (p. 159)

Dans *Martineau* (n° 1), la Cour d’appel fédérale s’est appuyée sur *La Reine et Archer c. White* pour décider que les «décisions disciplinaires» ne pouvaient faire l’objet d’un examen par voie d’une demande en vertu de l’art. 28. Il ne fait aucun doute que tous les membres de cette Cour dans *La Reine et Archer c. White* ont décidé que, dans les circonstances, une décision disciplinaire interne du surintendant de la G.R.C. ne donnait pas ouverture au *certiorari*. Cependant, selon mon interprétation de cet arrêt, le juge Rand n’excluait pas la possibilité du recours au *certiorari* dans un cas approprié. Il a considéré que le code interne constituait à première vue l’unique moyen par lequel la discipline était sanctionnée, mais dans l’extrait cité ci-après, il paraît avoir reconnu trois exceptions: (i) lorsqu’il y a un abus de pouvoir tel qu’il situerait l’acte en dehors des limites de la loi, (ii) l’acte lui-même n’est pas autorisé ou (iii) les procédures violent les principes sous-jacents du processus judiciaire réputés annexés à la loi à moins d’en être exclus par ses implications. La justice naturelle et l’équité sont des principes du processus judiciaire que la *common law* considère comme annexés à la loi, afin de rendre les dispositions légales conformes aux exigences de justice de la *common law*. Le passage auquel je fais référence se lit comme suit:

[TRADUCTION] Le Parlement a énuméré les entorses à la discipline qui entraînent une sanction et, afin de permettre à la Gendarmerie d’y faire face, il l’a dotée de ses propres tribunaux. Il n’est pas nécessaire de s’étendre sur les raisons qui justifient cette façon de faire. *Prima facie*, il convient de considérer un pareil code comme l’unique moyen prévu pour atteindre ce but donné. Ainsi, en l’absence d’un abus de pouvoir tel qu’il situerait l’acte en dehors des limites de la loi et dans la mesure où l’acte est autorisé, il n’appartient pas à une cour supérieure, dans l’exercice d’une compétence depuis longtemps établie relative à la surveillance des tribunaux inférieurs, d’intervenir dans la conduite des affaires internes d’un tel organisme. En conséquence, la question est de savoir s’il a été allégué quoi que ce soit, qui soit appuyé par la preuve, dans la demande soumise au juge Wood, y compris les documents produits par affidavit, qui indique que les procédures violaient les principes sous-jacents au processus judiciaire réputés annexés à la loi à moins d’en être exclus par ses implications, ou qu’elles excédaient le pouvoir conféré par la loi. (p. 159)

The Supreme Court of the United States in *Wolff v. McDonnell*³¹, was called upon to consider what "due process", assured by the Fourteenth Amendment of the American Constitution, required in a prison setting. The Court, speaking through Mr. Justice White, held that where the prisoner was in peril of losing good time, or being placed in solitary confinement, he was entitled to written notice of the charge and a statement of fact findings and to call witnesses and present documentary evidence where it would not be unduly hazardous to institutional safety or correctional goals. However, there was no constitutional right to confront and cross-examine witnesses or to counsel.

It seems clear that although the courts will not readily interfere in the exercise of disciplinary powers, whether within the armed services, the police force or the penitentiary, there is no rule of law which necessarily exempts the exercise of such disciplinary powers from review by *certiorari*.

X

The authorities, in my view, support the following conclusions:

1. *Certiorari* is available as a general remedy for supervision of the machinery of government decision-making. The order may go to any public body with power to decide any matter affecting the rights, interests, property, privileges, or liberty of any person. The basis for the broad reach of this remedy is the general duty of fairness resting on all public decision-makers.

2. A purely ministerial decision, on broad grounds of public policy, will typically afford the individual no procedural protection, and any attack upon such a decision will have to be founded upon abuse of discretion. Similarly, public bodies exercising legislative functions may not be amenable to judicial supervision. On the other hand, a function that approaches the judicial end

³¹ 418 U.S. 539 (1974).

La Cour suprême des États-Unis, dans *Wolff v. McDonnell*³¹, devait décider ce qu'exigeait «l'application régulière de la loi» garantie par le Quatorzième Amendement de la Constitution américaine, dans le milieu carcéral. La Cour, s'exprimant par l'intermédiaire du juge White, a statué que lorsqu'un détenu était menacé de perdre une réduction de peine ou d'être placé en isolement, il avait le droit de recevoir un avis écrit de l'accusation et un exposé des conclusions de fait, ainsi que le droit de citer des témoins et de produire une preuve documentaire lorsque cela ne risquait pas de mettre indûment en péril la sécurité de l'institution ou les objectifs correctionnels. Cependant, il n'y avait aucun droit constitutionnel de confronter ou de contre-interroger les témoins ni d'être représenté par un avocat.

Il semble clair que bien que les cours n'interviennent pas volontiers dans l'exercice de pouvoirs disciplinaires, que ce soit au sein des forces armées, des services de police ou d'un pénitencier, il n'y a aucune règle de droit qui exempte nécessairement l'exercice de ces pouvoirs disciplinaires d'un examen par *certiorari*.

X

La jurisprudence, à mon avis, appuie les conclusions suivantes:

1. Le *certiorari* peut servir de recours général pour la surveillance de l'appareil décisionnel gouvernemental. Tout organisme public qui a le pouvoir de trancher une question qui touche les droits, intérêts, biens, privilèges ou liberté d'une personne peut en faire l'objet. La vaste portée de ce recours se fonde sur l'obligation générale d'agir avec équité qui incombe à toutes les instances décisionnelles publiques.

2. Une décision purement administrative, fondée sur des motifs généraux d'ordre public, n'accordera normalement aucune protection procédurale à l'individu, et une contestation de pareille décision devra se fonder sur un abus de pouvoir discrétionnaire. De même, on ne pourra soumettre à la surveillance judiciaire les organismes publics qui exercent des fonctions de nature législative.

³¹ 418 U.S. 539 (1974).

of the spectrum will entail substantial procedural safeguards. Between the judicial decisions and those which are discretionary and policy-oriented will be found a myriad decision-making processes with a flexible gradation of procedural fairness through the administrative spectrum. That is what emerges from the decision of this Court in *Nicholson*. In these cases, an applicant may obtain *certiorari* to enforce a breach of the duty of procedural fairness.

3. Section 28 of the *Federal Court Act*, that statutory right of review compels continuance of the classification process in the Federal Court of Appeal, with clear outer limits imposed on the notion of "judicial or quasi-judicial". No such limitation is imported in the language of s. 18, which simply refers to *certiorari*, and is therefore capable of expansion consistent with the movement of the common law away from rigidity in respect of the prerogative writs. The fact that a decision-maker does not have a duty to act judicially, with observance of formal procedure which that characterization entails, does not mean that there may not be a duty to act fairly which involves importing something less than the full panoply of conventional natural justice rules. In general, courts ought not to seek to distinguish between the two concepts, for the drawing of a distinction between a duty to act fairly, and a duty to act in accordance with the rules of natural justice, yields an unwieldy conceptual framework. The *Federal Court Act*, however, compels classification for review of federal decision-makers.

4. An inmate disciplinary board is not a court. It is a tribunal which has to decide rights after hearing evidence. Even though the board is not obliged, in discharging what is essentially an administrative task, to conduct a judicial proceeding, observing the procedural and evidential rules of a court of law, it is, nonetheless, subject to a duty of fairness and a person aggrieved through breach of that duty is entitled to seek relief from

D'autre part, une fonction qui se situe à l'extrémité judiciaire du spectre comportera des garanties procédurales importantes. Entre les décisions de nature judiciaire et celles qui sont de nature discrétionnaire et en fonction d'une politique, on trouve une myriade de processus décisionnels comportant un élément d'équité dans la procédure dont l'intensité variera selon sa situation dans le spectre administratif. C'est ce qui ressort de l'arrêt de cette Cour dans *Nicholson*. Dans ces cas, un requérant peut obtenir un *certiorari* pour faire sanctionner une violation de l'obligation d'agir équitablement dans l'application de la procédure.

3. L'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*: ce droit d'examen créé par la loi force à conserver, en Cour d'appel fédérale, le processus de classification, assorti des limites extérieures claires imposées à la notion de «judiciaire ou quasi judiciaire». Le texte de l'art. 18, qui mentionne simplement le *certiorari*, ne comporte aucune restriction de cette nature et peut donc prendre de l'extension au gré de l'évolution de la *common law* dans le sens d'une souplesse accrue à l'égard des brefs de prérogative. Le fait qu'une instance décisionnelle n'ait pas l'obligation d'agir de façon judiciaire, avec le respect de la procédure formelle que cette catégorie implique, ne signifie pas qu'il ne puisse exister une obligation d'agir équitablement, moins exigeante que la panoplie complète des règles de justice naturelle traditionnelle. En général, les cours ne devraient pas tenter de distinguer ces concepts l'un de l'autre, car tracer une distinction entre une obligation d'agir équitablement et celle d'agir selon les règles de justice naturelle conduit à un cadre conceptuel de maniement difficile. La *Loi sur la Cour fédérale*, cependant, nous oblige à conserver la classification pour les fins d'examen des décisions des instances fédérales.

4. Un comité de discipline des détenus n'est pas une cour. C'est un tribunal qui doit déterminer des droits après audition de la preuve. Même s'il n'est pas obligé, dans l'exécution de ce qui est essentiellement une tâche administrative, de tenir un procès de nature judiciaire, respectant les règles de procédure et de preuve d'une cour, le comité est néanmoins soumis à une obligation d'agir équitablement et une personne lésée par une violation de

the Federal Court, Trial Division, on an application for *certiorari*.

5. It should be emphasized that it is not every breach of prison rules of procedure which will bring intervention by the courts. The very nature of a prison institution requires officers to make "on the spot" disciplinary decisions and the power of judicial review must be exercised with restraint. Interference will not be justified in the case of trivial or merely technical incidents. The question is not whether there has been a breach of the prison rules, but whether there has been a breach of the duty to act fairly in all the circumstances. The rules are of some importance in determining this latter question, as an indication of the views of prison authorities as to the degree of procedural protection to be extended to inmates.

6. A widening of the ambit of *certiorari* beyond that of a s. 28 application will undoubtedly, at times, present a problem in determining whether to commence proceedings in the Court of Appeal or in the Trial Division. However, the quandary of two possible forums is not less regrettable than complete lack of access to the Federal Court.

7. It is wrong, in my view, to regard natural justice and fairness as distinct and separate standards and to seek to define the procedural content of each. In *Nicholson*, the Chief Justice spoke of a "... notion of fairness involving something less than the procedural protection of the traditional natural justice". Fairness involves compliance with only some of the principles of natural justice. Professor de Smith (3rd ed. 1973, p. 208) expressed lucidly the concept of a duty to act fairly:

In general it means a duty to observe the rudiments of natural justice for a limited purpose in the exercise of functions that are not analytically judicial but administrative.

The content of the principles of natural justice and fairness in application to the individual cases will vary according to the circumstances of each case, as recognized by Tucker L. J. in *Russell v.*

cette obligation a le droit de demander un redressement à la Division de première instance de la Cour fédérale, par voie de *certiorari*.

5. Il faut souligner que les cours n'interviendront pas dans tous les cas de violation des règles de procédure carcérale. La nature même d'un établissement carcéral requiert que des décisions soient prises «sur-le-champ» par les fonctionnaires et le contrôle judiciaire doit être exercé avec retenue. Une intervention ne sera pas justifiée dans le cas d'incidents triviaux ou purement théoriques. Il ne s'agit pas de savoir s'il y a eu une violation des règles carcérales, mais plutôt s'il y a eu une violation de l'obligation d'agir équitablement compte tenu de toutes les circonstances. Les règles ont leur importance pour répondre à cette question: elles révèlent le degré de protection procédurale dont doivent jouir les détenus, de l'avis des autorités carcérales.

6. Un élargissement de la portée du *certiorari* au-delà de celle d'une demande présentée en vertu de l'art. 28 posera inévitablement, à l'occasion, le problème de décider s'il faut intenter des procédures en Cour d'appel ou en Division de première instance. Cependant, la difficulté du choix entre deux forums n'est pas moins regrettable que l'absence totale d'accès à la Cour fédérale.

7. A mon avis, il est erroné de considérer la justice naturelle et l'équité comme des normes distinctes et séparées et de chercher à définir le contenu procédural de chacune. Dans *Nicholson*, le juge en chef a parlé d'une «notion d'équité, moins exigeante que la protection procédurale de la justice naturelle traditionnelle». L'équité ne comporte le respect que de certains principes de justice naturelle. Le professeur de Smith (3^e éd. 1973, p. 208) a lucidement exprimé le concept d'une obligation d'agir équitablement:

[TRADUCTION] Cela signifie en général l'obligation de respecter les principes élémentaires de justice naturelle à une fin limitée, dans l'exercice de fonctions qui, à l'analyse, ne sont pas judiciaires mais administratives.

Le contenu des principes de justice naturelle et d'équité applicables aux cas individuels variera selon les circonstances de chaque cas, comme l'a reconnu le lord juge Tucker dans *Russell v. Duke*

*Duke of Norfolk*³², at p. 118.

8. In the final analysis, the simple question to be answered is this: Did the tribunal on the facts of the particular case act fairly toward the person claiming to be aggrieved? It seems to me that this is the underlying question which the courts have sought to answer in all the cases dealing with natural justice and with fairness.

XI

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal, and restore the judgment of Mr. Justice Mahoney of the Federal Court, Trial Division. There should be no costs in this Court nor in the Federal Court of Appeal.

The judgment of Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey and Pratte JJ. was delivered by

PIGEON J.—For a disciplinary offence dealt with as “flagrant or serious”, the appellant was sentenced to fifteen days in the special corrections unit of the institution in which he is held pursuant to the *Penitentiary Act*. He made applications to the Federal Court for *certiorari* in the Trial Division and for judicial review under s. 28 of the *Federal Court Act* before the Court of Appeal. This application was dealt with first while the other was kept pending. It was dismissed by the Federal Court of Appeal³³ and this dismissal was affirmed by a majority in this court³⁴.

In view of the wording of s. 28, the affirmation of the denial of judicial review means that it was determined that the disciplinary sentence in question was “a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis”. The reasons of the majority, except one judge who agreed with the reasons of the Court of Appeal, show that, in their view, the “Directives” governing the procedure for

³² [1949] 1 All E.R. 109.

³³ [1976] 2 F.C. 198.

³⁴ [1978] 1 S.C.R. 118.

*of Norfolk*³², à la p. 118.

8. En conclusion, la simple question à laquelle il faut répondre est celle-ci: compte tenu des faits de ce cas particulier, le tribunal a-t-il agi équitablement à l'égard de la personne qui se prétend lésée? Il me semble que c'est la question sous-jacente à laquelle les cours ont tenté de répondre dans toutes les affaires concernant la justice naturelle et l'équité.

XI

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rétablir la décision du juge Mahoney en Division de première instance de la Cour fédérale. Il n'y aura aucune adjudication de dépens en cette Cour ni en Cour d'appel fédérale.

Version française du jugement des juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey et Pratte rendu par

LE JUGE PIGEON—Pour une infraction à la discipline considérée «flagrante ou grave», l'appellant a été condamné à passer quinze jours à l'unité spéciale de correction dans l'institution où il était détenu conformément à la *Loi sur les pénitenciers*. Il a présenté une demande de *certiorari* à la Division de première instance de la Cour fédérale et, en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, une demande d'examen à la Cour d'appel. Cette dernière demande a été étudiée en premier lieu pendant que l'autre était suspendue. La Cour d'appel fédérale l'a rejetée³³ et cette Cour a confirmé ce rejet à la majorité³⁴.

Vu le texte de l'art. 28, la confirmation du rejet de la demande d'examen judiciaire signifie qu'on a décidé que la sentence disciplinaire en question était «une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire». Il ressort des motifs de la majorité, à l'exception d'un juge qui s'est dit d'accord avec les motifs de la Cour d'appel, qu'à son avis, les «Directives» régissant la

³² [1949] 1 All E.R. 109.

³³ [1976] 2 C.F. 198.

³⁴ [1978] 1 R.C.S. 118.

dealing with disciplinary offences were considered to be administrative directions rather than "law", although the Regulations defining disciplinary offences and specifying the penalties that may be inflicted by the penitentiary authorities were in the nature of law.

After the judgment of this Court proceedings were resumed on the application for *certiorari* in the Trial Division. The parties appeared before Mahoney J. who issued an Order that the Court had jurisdiction³⁵. At the outset of his reasons, he said (at p. 313):

By agreement, this is deemed to be an application by the applicant, Robert Thomas Martineau, under Rule 474 of the Rules of this Court for a preliminary determination of a question of law: namely, whether or not the Federal Court of Canada, Trial Division, has jurisdiction to grant relief by way of *certiorari* in the circumstances.

Having quoted s. 18 of the *Federal Court Act*, subss. 29(1) and (2) of the *Penitentiary Act* and relevant parts of ss. 2.28 and 2.29 of the *Penitentiary Service Regulations*, he went on to say (at pp. 315-317):

I take it that the jurisdiction to grant the relief sought depends upon the material in support of the application disclosing that some right of the applicant has been abridged or denied. A punishment consisting only of a "loss of privileges" would not, by definition, involve a denial or abridgement of any right. The liability to forfeiture of statutory remission when an inmate "is convicted in disciplinary court of any disciplinary offence" is expressly provided by subsection 22(3) of the Act. The liability to dissociation as punishment depends entirely on the regulation made by authority of section 29 of the Act. With respect to that authority, it was not argued that subsection 29(2) of the Act is to be construed as not authorizing the inclusion of a penalty for its violation in a regulation made under paragraph 29(1)(b) and that, therefore, regulations made by authority of paragraph 29(1)(b) are not "law".

procédure à suivre à l'égard d'infractions à la discipline sont des instructions de nature administrative plutôt qu'une «loi», bien que les règlements qui définissent les infractions à la discipline et précisent les peines qui peuvent être imposées par les autorités du pénitencier soient de la nature d'une loi.

Après l'arrêt de cette Cour, les procédures ont repris sur la demande de *certiorari* en Division de première instance. Les parties ont comparu devant le juge Mahoney qui a rendu une ordonnance portant que la Cour avait compétence³⁵. Au début de ses motifs, il a dit (à la p. 313):

De l'accord des parties, la présente action est censée être une demande du requérant, Robert Thomas Martineau, introduite en vertu de la Règle 474 de cette cour, en vue d'obtenir une décision préliminaire sur une question de droit, à savoir si la Division de première instance de la Cour fédérale du Canada est compétente pour accorder en l'espèce, un redressement par voie de *certiorari*.

Après avoir cité l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, les par. 29(1) et (2) de la *Loi sur les pénitenciers* et les passages pertinents des par. 2.28 et 2.29 du *Règlement sur le service des pénitenciers*, il a poursuivi (aux pp. 315 à 317):

Je suppose que la compétence pour accorder le redressement demandé dépend de la documentation présentée à l'appui de la requête, qui révélerait qu'un droit du requérant a été limité ou refusé. Une peine consistant uniquement en une «perte de privilèges» n'impliquerait pas, par définition, la suppression ou la limitation d'un droit quelconque. La sanction de déchéance de son droit à la réduction statutaire de peine quand un détenu «est déclaré coupable devant un tribunal disciplinaire d'une infraction à la discipline», est expressément édictée par le paragraphe 22(3) de la Loi. La peine consistant en une interdiction de se joindre aux autres dépend entièrement du règlement promulgué en vertu des pouvoirs résultant de l'article 29 de la Loi. En ce qui concerne ces pouvoirs, on n'a pas prétendu que le paragraphe 29(2) de la Loi devait être interprété comme n'autorisant pas l'inclusion d'une sanction pour sa violation dans un règlement prescrit en vertu de l'alinéa 29(1)b) et que, par conséquent, des règlements prescrits en vertu de cet alinéa ne constituaient pas une «loi».

³⁵ [1978] 1 F.C. 312.

³⁵ [1978] 1 C.F. 312.

The disciplinary offences of which the appellant was convicted were created by law. The punishment imposed was authorized by law. The law required that, as a precondition to the imposition of the punishment, he be "convicted" of the offence. I am mindful of, and accept, the caveat of Chief Justice Jackett not to place too much significance on the fact that the phraseology of criminal proceedings is imported into the regulations. Nevertheless, it is manifest that the law envisages some process by which an inmate is to be determined to have committed a disciplinary offence, prescribed by law, as a condition precedent to the imposition of a punishment, also prescribed by law. The law, the statute and regulations which prescribe both offence and punishment, is silent as to the process.

Finally, after quoting from the reasons of the majority in *Howarth v. National Parole Board*³⁶, he said (at pp. 318-319):

I take it that in Canada, in 1975, a public body, such as the respondent, authorized by law to impose a punishment, that was more than a mere denial of privileges, had a duty to act fairly in arriving at its decision to impose the punishment. Any other conclusion would be repugnant. The circumstances disclosed in this application would appear to be appropriate to the remedy sought. I am not, of course, deciding whether the remedy should be granted but merely whether it could be granted by the Federal Court of Canada, Trial Division. In my view it could.

This judgment was reversed in the Federal Court of Appeal³⁷. The *ratio* of this decision appears to be in these three paragraphs (on pp. 638-639):

The originating notice of motion relates to "convictions" that were the subject of a section 28 application to this Court as a result of which it was decided by the Supreme Court of Canada that this Court had no jurisdiction under that section because, as we understand that decision, the "convictions" were administrative decisions that were "not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis" within the meaning of those words in that section.

In our view, it follows from that decision that the "convictions" in question cannot be attacked under section 18 of the *Federal Court Act* by a writ of *certiorari*

Les infractions disciplinaires dont l'appelant a été déclaré coupable ont été créées par la loi. La peine imposée a été autorisée par la loi. Celle-ci exige, comme condition préalable à l'imposition de la peine, que le détenu soit «déclaré coupable» de l'infraction. Je n'oublie pas et j'accepte l'opposition du juge en chef Jackett à accorder trop d'importance au fait que la phraséologie de la procédure criminelle est introduite dans les règlements. Il est néanmoins manifeste que la loi envisage un processus selon lequel un détenu doit avoir été jugé coupable d'une infraction disciplinaire, prévue par la loi, comme condition préalable à l'imposition d'une peine également prévue par la loi. Cette dernière et les règlements qui prévoient tant l'infraction que la peine sont muets quant à ce processus.

Enfin, après avoir cité un passage des motifs de la majorité dans *Howarth c. La Commission nationale des libérations conditionnelles*³⁶, il a dit (aux pp. 318 et 319):

Je suppose qu'au Canada, en 1975, un organisme public tel que l'intimé, autorisé par la loi à imposer une peine qui était plus qu'une simple perte de privilèges, avait le devoir d'agir équitablement en décidant d'imposer la peine. Toute autre conclusion serait incompatible. Les circonstances révélées dans cette demande paraissent être appropriées au redressement recherché. Je ne suis pas, évidemment, en train de décider si le redressement devrait être accordé, mais simplement s'il pourrait être accordé par la Division de première instance de la Cour fédérale du Canada. Selon moi, elle le peut.

Cette décision a été infirmée par la Cour d'appel fédérale³⁷. Le principe de cet arrêt paraît se trouver aux trois alinéas suivants (aux pp. 638 et 639):

L'avis introductif de requête fait état des «déclarations de culpabilité» qui ont fait l'objet d'une demande introduite devant cette cour en vertu de l'article 28. La Cour suprême du Canada, saisie de l'affaire, a conclu que la présente cour n'était pas compétente en vertu de cet article: aux termes de l'arrêt de la Cour suprême, les «déclarations de culpabilité» étaient des décisions de nature administrative qui «n'[étaient] pas légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire» au sens de l'article 28.

A notre avis, il découle de cette décision que les «déclarations de culpabilité» en cause ne peuvent être attaquées en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour*

³⁶ [1976] 1 S.C.R. 453.

³⁷ [1978] 2 F.C. 637.

³⁶ [1976] 1 R.C.S. 453.

³⁷ [1978] 2 C.F. 637.

or proceedings for relief in the nature of that contemplated by such a writ.

While the ambit of *certiorari* has expanded over the period that has elapsed since it was a writ whose sole function was to enable a superior court of law to review decisions of inferior courts of law, in our opinion, it continues to have application only where the decision attacked is either judicial in character or is required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis. We have not been referred to any decision to the contrary.

(Foot-notes omitted)

From these quotations it is apparent that the reason for which the Federal Court of Appeal reversed the judgment of the Trial Division is that it did not accept that the common law remedy of *certiorari* may be available in the case of violation of the duty to act fairly in an administrative decision "not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis". A foot-note on p. 639 ends with this sentence:

... Any decision that is not judicial but is "sufficiently near a judicial decision to be the subject of a writ of certiorari" is, in our view, a decision that is required to be made on a "quasi-judicial basis" within the meaning of those words in section 28.

With respect, I cannot agree with this view. In *Bates v. Lord Hailsham*³⁸, Megarry J. said (at p. 1024 (All E.R.) 1378 (W.L.R.)):

... Let me accept that in the sphere of the so-called quasi-judicial the rules of natural justice run, and that in the administrative or executive field there is a general duty of fairness. Nevertheless, these considerations do not seem to me to affect the process of legislation, whether primary or delegated. Many of those affected by delegated legislation, and affected very substantially, are never consulted in the process of enacting that legislation; and yet they have no remedy. ...

The words I have underlined in this passage were accepted "as a common law principle" in the reasons of the majority of this Court in *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Police Commission*³⁹, at p. 324. In that judgment delivered subsequent to the decision of the Federal

fédérale par voie d'un bref de *certiorari* ou d'un redressement de la nature de celui qu'envisage un tel bref.

Bien que la portée du bref de *certiorari* se soit étendue depuis l'époque où il n'avait pour seule fonction que de permettre à un tribunal supérieur d'examiner les décisions de tribunaux inférieurs, le bref lui-même, à notre avis, ne continue de s'appliquer que lorsque la décision attaquée est soit de nature judiciaire soit soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. On ne nous a cité aucun arrêt affirmant le contraire.

Il ressort de ce texte que la Cour d'appel fédérale a infirmé la décision de la Division de première instance parce qu'elle n'acceptait pas que l'on puisse avoir recours au *certiorari* dans le cas d'une violation de l'obligation d'agir équitablement dans une décision administrative «qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire». Une note au bas de la p. 639 se termine avec la phrase suivante:

... Toute décision qui n'est pas de nature judiciaire mais qui se rapproche «suffisamment d'une décision de nature judiciaire pour faire l'objet d'un bref de certiorari» constitue, à notre avis, une décision soumise au «processus quasi judiciaire» au sens où l'entend l'article 28.

Avec respect, je ne puis partager cette interprétation. Dans *Bates v. Lord Hailsham*³⁸, le juge Megarry a dit (à la p. 1024 (All E.R.) 1378 (W.L.R.)):

[TRADUCTION] ... Admettons que dans le domaine de ce qu'on appelle le quasi judiciaire, on applique les règles de justice naturelle et, dans le domaine administratif ou exécutif, l'obligation générale d'agir équitablement. Mais cela ne me paraît pas s'appliquer au processus législatif, qu'il s'agisse de lois ou de législation déléguée. Plusieurs de ceux que la législation déléguée concerne, et souvent de façon très importante, ne sont jamais consultés au cours de son processus d'adoption; et pourtant ils n'ont aucun recours. ...

La phrase que j'ai soulignée dans ce passage a été agréée «comme un principe de *common law* par les motifs de la majorité de cette Cour dans *Nicholson c. Haldimand Norfolk Regional Police Commission*³⁹, à la p. 324. Dans cet arrêt rendu après celui de la Cour d'appel fédérale en l'espèce,

³⁸ [1972] 3 All E.R. 1019, [1972] 1 W.L.R. 1373.

³⁹ [1979] 1 S.C.R. 311.

³⁸ [1972] 3 All E.R. 1019, [1972] 1 W.L.R. 1373.

³⁹ [1979] 1 R.C.S. 311.

Court of Appeal herein, judicial review under *The Judicial Review Procedure Act of Ontario* was allowed against the decision of a police commission to dispense with the services of a constable. By the relevant regulation the right to a quasi-judicial hearing was not available to the appellant because he was still within his eighteen-month probationary period. Although accepting (at p. 318) that the termination of "a master servant relationship would not, *per se*, give rise to any legal requirement of observance of any of the principles of natural justice", the majority held that, in the case of the holder of a public office such as a constable, there was a common law duty to act fairly which fell short of a duty to act quasi-judicially but nevertheless could be enforced by judicial review. Under the Ontario Act this includes precisely the remedies contemplated in s. 18 of the *Federal Court Act*.

More recently an important judgment was given by the U.K. Court of Appeal in *R. v. Board of Visitors of Hull Prison, Ex p. St. Germain*⁴⁰. I do not think I can better summarize some of the views expressed than by quoting from the headnote the following:

The courts were the ultimate custodians of the rights and liberties of the subject whatever his status and however attenuated those rights and liberties were as the result of some punitive or other process, unless Parliament by statute decreed otherwise. There was no rule of law that the courts were to abdicate jurisdiction merely because the proceedings under review were of an internal disciplinary character and, having regard to the fact that under the Prison Act 1952 a prisoner remained invested with residuary right regarding the nature and conduct of his incarceration despite the deprivation of his general liberty, the Divisional Court had been in error in refusing to accept jurisdiction.

Per Megaw and Waller LJJ. Although proceedings of boards of visitors in respect of offences against discipline are subject to judicial review by the courts, such interference will only be justified if there has been some failure to act fairly, having regard to all relevant circumstances, and such unfairness can reasonably be regarded as having caused a substantial, as distinct from a trivial or merely technical, injustice which is capable

⁴⁰ [1979] 1 All E. R. 701.

on a autorisé le contrôle judiciaire en vertu de *The Judicial Review Procedure Act of Ontario* à l'encontre de la décision d'un comité de police de renvoyer un agent. Le règlement pertinent ne donnait pas à l'appelant le droit à une audition quasi judiciaire parce qu'il n'avait pas complété sa période de probation de dix-huit mois. Tout en admettant (à la p. 318) que la cessation d'une «relation employeur-employé n'entraîne pas en elle-même d'obligation juridique d'observer les principes de justice naturelle», la majorité a statué que, dans le cas du titulaire d'une charge publique comme un agent de police, il existe en *common law* une obligation d'agir équitablement, moins exigeante que l'obligation d'agir de façon quasi judiciaire, mais qui peut néanmoins être sanctionnée par le contrôle judiciaire. En vertu de la loi ontarienne cela inclut précisément les recours que vise l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Plus récemment la Cour d'appel du Royaume-Uni a rendu un arrêt important: *R. v. Board of Visitors of Hull Prison, Ex p. St. Germain*⁴⁰. Je ne crois pas pouvoir mieux résumer certaines des opinions exprimées qu'en citant le passage suivant du sommaire:

[TRADUCTION] Les cours sont les ultimes gardiens des droits et libertés du citoyen quel que soit son statut et quelque atténués que soient ces droits et libertés en conséquence d'un processus punitif ou autre, à moins que le Parlement n'ait décrété autrement par une loi. Il n'y a aucune règle de droit selon laquelle les cours doivent se déclarer incompétentes simplement parce que les procédures sous examen relèvent de la discipline interne et, vue qu'en vertu de la Prison Act 1952 un détenu demeure investi de droits résiduels relatifs à la nature et au soin de son incarcération malgré sa privation de liberté, la Divisional Court a erré en refusant de reconnaître sa compétence.

Les juges Megaw et Waller. Bien que les procédures de comités de visiteurs à l'égard d'infractions à la discipline soient soumises au contrôle judiciaire des cours, cette intervention n'est justifiée qu'en cas de défaut d'agir équitablement, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes, et lorsque l'on peut raisonnablement dire que ce manque d'équité a causé une injustice importante susceptible de redressement et non pas une injus-

⁴⁰ [1979] 1 All E.R. 701.

of remedy. Moreover the requirements of natural justice are not necessarily identical in all spheres. . . .

Semble. Certiorari does not lie against a disciplinary decision of a prison governor.

Although in this judgment, some *dicta* in *Ex p. Fry*⁴¹ were put in doubt, no doubt was expressed as to the correctness of the decision of the Court of Appeal in *Fraser v. Mudge*⁴². In that case a prisoner charged with an offence against prison discipline (assaulting a prison official) and due to appear before a Board of Visitors had applied for an injunction. The prisoner sought a declaration that he was entitled to the assistance of counsel and prayed for an injunction restraining the Board from inquiring into the charge until he had had an opportunity of appearing by lawyers. The Court of Appeal unanimously upheld the refusal of the injunction. Lord Denning M.R. said (at pp. 1133-1134 W.L.R.):

. . . We all know that, when a man is brought up before his commanding officer for a breach of discipline, whether in the armed forces or in ships at sea, it never has been the practice to allow legal representation. It is of the first importance that the cases should be decided quickly. If legal representation were allowed, it would mean considerable delay. So also with breaches of prison discipline. They must be heard and decided speedily. Those who hear the cases must, of course, act fairly. They must let the man know the charge and give him a proper opportunity of presenting his case. But that can be done and is done without the matter being held up for legal representation. I do not think we ought to alter the existing practice. . . .

Roskill L.J. added after a reference to the Prison Rules 1964 (at p. 80 All E.R.):

. . . One looks to see what are the broad principles underlying these rules. They are to maintain discipline in prison by proper, swift and speedy decisions, whether by the governor or the visitors; and it seems to me that the requirements of natural justice do not make it necessary that a person against whom disciplinary proceedings are pending should as of right be entitled to be represented by solicitors or counsel or both.

⁴¹ [1954] 2 All E.R. 118.

⁴² [1975] 1 W.L.R. 1132, [1975] 3 All E.R. 78.

tice triviale ou purement théorique. De plus, les exigences de la justice naturelle ne sont pas nécessairement les mêmes dans tous les domaines. . . .

Semble. Une décision disciplinaire d'un directeur de prison ne peut faire l'objet d'un *certiorari*.

Bien que dans cet arrêt l'on ait mis en doute certains *dicta* de *Ex p. Fry*⁴¹, aucun doute n'a été exprimé quant à la justesse de l'arrêt de la Cour d'appel, *Fraser v. Mudge*⁴². Dans cette affaire un détenu accusé d'une infraction à la discipline carcérales (voies de fait sur un gardien de prison) et cité à comparaître devant un comité de visiteurs avait présenté une demande d'injonction. Le détenu demandait une déclaration suivant laquelle il avait droit à l'assistance d'un avocat et une injonction qui aurait empêché le comité de faire enquête sur l'infraction avant qu'il n'ait eu l'occasion de comparaître par avocat. La Cour d'appel à l'unanimité a maintenu le refus d'injonction. Lord Denning a dit (aux pp. 1133 et 1134 W.L.R.):

[TRADUCTION] . . . Nous savons tous que lorsqu'un homme est amené devant son chef pour une violation des règles de discipline, que ce soit dans les forces armées ou sur un navire en mer, la pratique n'a jamais été d'accorder la représentation par avocat. Il est de première importance que ces affaires soient réglées rapidement. Si l'on permettait la représentation par avocat, des délais considérables s'ensuivraient. C'est aussi le cas des infractions aux règles de discipline carcérale. L'instruction doit en avoir lieu rapidement. Ceux qui procèdent à l'instruction doivent, bien sûr, agir équitablement. Ils doivent informer l'homme de l'accusation et lui donner une possibilité raisonnable de faire valoir sa défense. Mais cela peut se faire et se fait sans que l'affaire soit retardée par la représentation par avocat. Je ne suis pas d'avis que nous devrions modifier la pratique existante.

. . .

Lord Roskill a ajouté, après une référence aux Prison Rules 1964 (à la p. 80 All E.R.):

[TRADUCTION] . . . On recherche les grands principes sous-jacents de ces règles. Il s'agit de maintenir la discipline en prison au moyen de décisions appropriées, promptes et rapides, par le directeur ou les visiteurs; et il me paraît que les exigences de la justice naturelle ne requièrent pas qu'une personne contre laquelle des procédures disciplinaires ont été intentées ait le droit absolu d'être représentée par avocat.

⁴¹ [1954] 2 All E.R. 118.

⁴² [1975] 1 W.L.R. 1132, [1975] 3 All E.R. 78.

It appears to me that the proper view of the situation of a prison inmate in respect of disciplinary offence proceedings was taken in what I have just quoted. The requirements of judicial procedure are not to be brought in and, consequently, these are not decisions which may be reviewed by the Federal Court of Appeal under s. 28 of the *Federal Court Act*, a remedy which, I think is in the nature of a right of appeal. However, this does not mean that the duty of fairness may not be enforced by the Trial Division through the exercise of the discretionary remedies mentioned in s. 18 of the *Federal Court Act*.

I must, however, stress that the Order issued by Mahoney J. deals only with the jurisdiction of the Trial Division, not with the actual availability of the relief in the circumstances of the case. This is subject to the exercise of judicial discretion and in this respect it will be essential that the requirements of prison discipline be borne in mind, just as it is essential that the requirements of the effective administration of criminal justice be borne in mind when dealing with applications for *certiorari* before trial, as pointed out in *Attorney General of Quebec v. Cohen*⁴³. It is specially important that the remedy be granted only in cases of serious injustice and that proper care be taken to prevent such proceedings from being used to delay deserved punishment so long that it is made ineffective, if not altogether avoided.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal and restore the Order of Mahoney J. of the Federal Court, Trial Division. There should be no costs in this Court nor in the Federal Court of Appeal.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: John W. Conroy, Abbotsford.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

Il me paraît que l'on a adopté, dans ce que je viens de citer, une vue juste de la situation du détenu qui fait l'objet de procédures disciplinaires. Il ne faut pas faire intervenir les exigences de la procédure judiciaire et, en conséquence il ne s'agit pas de décisions qui peuvent faire l'objet d'un examen par la Cour d'appel fédérale en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, un recours qui est, à mon avis, de la nature d'un droit d'appel. Cependant, cela ne veut pas dire que la Division de première instance ne peut sanctionner l'obligation d'agir équitablement au moyen des recours discrectionnaires mentionnés à l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Je dois cependant souligner que l'ordonnance rendue par le juge Mahoney ne porte que sur la compétence de la Division de première instance, non sur la question de savoir si le redressement devrait être accordé dans les circonstances de l'espèce. Cela dépendra de l'exercice du pouvoir discretionnaire judiciaire et, à cet égard, il sera essentiel de garder à l'esprit les exigences de la discipline carcérale, tout comme il est essentiel de garder à l'esprit les exigences de l'administration efficace de la justice pénale lorsqu'on traite de demandes de *certiorari* avant le procès, comme cela vient d'être souligné dans *Le procureur général de la province de Québec c. Cohen*⁴³. Il est particulièrement important de n'accorder ce redressement que dans des cas d'injustice grave et de bien veiller à ce que ces procédures ne servent pas à retarder le châtement mérité au point de le rendre inefficace, sinon de l'éviter complètement.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rétablir l'ordonnance du juge Mahoney de la Division de première instance de la Cour fédérale. Il n'y aura aucune adjudication de dépens en cette Cour ni en Cour d'appel fédérale.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appellant: John W. Conroy, Abbotsford.

Procureur de l'intimé: Roger Tassé, Ottawa.

⁴³ [1979] 2 S.C.R. 305.

⁴³ [1979] 2 R.C.S. 305.

Published by/Publié par

BERNARD C. HOFLEY, Q.C./c.r.

The Registrar, Supreme Court of
Canada
Registraire de la Cour suprême du
Canada

MILLS SHIPLEY, B.A., LL.B., B.L.S.
Deputy Registrar/Registraire adjoint

Editors/Arrêtistes

JOHN J. YOUNG, B.L.

RÉJEAN PATRY, B.A., LL.L., LL.M.

Chief Revisor/Réviseur en chef

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

Editorial Assistants/Adjointes à l'édition

MADO MAINVILLE-CÔTÉ
MARIELLE BEAULIEU

Changes of address for subscriptions to the
Supreme Court Reports should be referred to
Publishing Centre, Printing and Publishing,
Supply and Services Canada, Hull, Quebec,
Canada, K1A 0S9, together with the old
address.

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour
suprême du Canada doivent adresser tout
changement d'adresse au Centre d'édition,
Imprimerie et Édition, Approvisionnements et
Services Canada, Hull, Québec, Canada,
K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

Queen's Printer for Canada, Ottawa 1980.

Imprimeur de la Reine, pour le Canada,
Ottawa 1980.

CONTENTS

Antares Shipping Corporation v. The Ship "Capricorn" et al. 553

Maritime law – Courts – Federal Court juris-
diction – Claim for specific performance of
contract for sale of ship – Whether claim
based on any existing federal law – Federal
Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10,
ss. 2, 22(1), 22(2)(a), 42, 44 – British North
America Act, s. 91(10).

Bernard v. The Queen 593

Criminal law – Charge of breaking and enter-
ing to commit a theft – Accused unlawfully at
large – Benefit of the doubt – Criminal Code,
R.S.C. 1970, c. C-34, s. 306(1)(a).

Canadian Pioneer Management Ltd. et al. v. Labour Relations Board of Sas- katchewan et al. 433

Constitutional law – Labour management
relations – Federally incorporated life insur-
ance company – Federally incorporated trust
company – Jurisdiction of Labour Relations
Board of Saskatchewan to certify bargaining
unit and hear charges of unfair labour prac-
tices – Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c.
L-1, s. 2, and s. 108 as enacted by 1972
(Can.), c. 18 – The Trade Union Act, 1972
(Sask.), c. 137.

Chromiak v. The Queen 471

Criminal law – Police officer suspecting
accused might be impaired driver – Demand
for breath sample for road-side testing –
Refusal to comply without presence of lawyer
– Accused at no time "detained" within
meaning of Canadian Bill of Rights, 1960
(Can.), c. 44, s. 2(c) – No reasonable excuse
for failure to comply – Criminal Code, R.S.C.
1970, c. C-34, s. 234.1(2).

Corporation of Goulbourn et al. v. Regional Municipality of Ottawa- Carleton 496

Municipal law – Creation of Regional Muni-
cipality – Vesting of assets of County on dis-
solution subject to an order of the Municipal
Board – Power of Ontario Municipal Board –
The Regional Municipality of Ottawa-Carleton
Act, R.S.O. 1970, c. 407, ss. 135, 136,
137 – The Municipal Act, R.S.O. 1970, c.
284, s. 14.

Fleurant v. The Queen 588

Criminal law – Circumstantial evidence –
Acquittal – Assessment of the evidence by the
trial judge – No error in law.

Continued on inside back cover

SOMMAIRE

Antares Shipping Corporation c. Le navire «Capricorn» et autres 553

Droit maritime – Tribunaux – Compétence de
la Cour fédérale – Demande en vue de l'exé-
cution intégrale d'un contrat de vente d'un
navire – La demande est-elle fondée sur
l'existence d'une législation fédérale? – Loi
sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.),
chap. 10, art. 2, 22(1), 22(2)a), 42, 44 – Acte
de l'Amérique du Nord britannique, art.
91(10).

Bernard c. La Reine 593

Droit criminel – Accusation d'introduction
par effraction dans le but de commettre un
vol – Accusé en évasion – Bénéfice du doute –
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art.
306(1)a).

Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada 594

Pratique – Cour suprême du Canada – Action
en jugement déclaratoire – Pouvoir de la
Cour de surseoir aux procédures jusqu'à ce
que le pourvoi soit tranché – Loi sur la Cour
suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 70 –
Règles de la Cour suprême, règle 126 – Loi
des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap.
F-27.

Canadian Pioneer Management Ltd. et autres c. Conseil des relations du tra- vail de la Saskatchewan et autres 433

Droit constitutionnel – Relations du travail –
Compagnie d'assurance-vie à charte fédérale –
Compagnie fiduciaire à charte fédérale –
Compétence du Conseil des relations du tra-
vail de la Saskatchewan pour accrédi-
ter une unité de négociation et entendre des accu-
sations de pratiques déloyales – Code canadien
du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 2, et
art. 108 édicté par 1972 (Can.), chap. 18 –
The Trade Union Act, 1972 (Sask.), chap.
137.

Chromiak c. La Reine 471

Droit criminel – Accusé soupçonné par un
agent de la paix de conduire alors que ses
facultés étaient affaiblies – Sommé de sou-
mettre un échantillon d'haleine pour fin
d'analyse immédiate – Refus d'obtempérer en
l'absence d'un avocat – L'accusé n'a jamais
été «détenu» au sens de la Déclaration cana-
dienne des droits, 1960 (Can.), chap. 44, art.
2c) – Aucune excuse raisonnable au refus
d'obtempérer à la demande – Code criminel,
S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.1(2).

Fleurant c. La Reine 588

Droit criminel – Preuve circonstancielle –
Acquittement – Appréciation de la preuve par
le juge de première instance – Pas d'erreur de
droit.

Suite à la page 3 de la couverture

CONTENTS (Continued)

Fotti v. The Queen 589

Criminal law – Charge of dangerous driving – Acquittal at trial set aside by Court of Appeal and conviction entered – Accused's conduct not inadvertent negligence – Conduct constituted dangerous driving – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 233(4).

Hilton Québec Ltée v. Labour Court et al. 548

Labour law – Dismissal for distributing a document – Another good and sufficient reason – Jurisdiction of the investigation commissioner – Labour Code, R.S.Q. 1964, c. 141 as am., ss. 13, 14, 15, 16.

Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada 594

Practice – Supreme Court of Canada – Declaratory action – Power of Court to stay proceedings pending final determination of appeal – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 70 – Supreme Court Rules, Rule 126 – Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27.

Lafrance et al. v. Commercial Photo Service Inc. 536

Labour law – Dismissal for participation in an unlawful strike – Another good and sufficient reason – Jurisdiction of the investigation commissioner – Labour Code, R.S.Q. 1964, c. 141 as am., ss. 13, 14, 15, 16.

Manhas v. The Queen 591

Criminal law – Trial – Trial judge declining to grant further adjournment – Power to grant or refuse adjournment – No error established on part of trial judge in the exercise of his discretion.

Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board 602

Jurisdiction – Certiorari – Disciplinary offence – Penitentiary disciplinary board – Inmate committed to special corrections unit – Jurisdiction of Trial Division of Federal Court of Canada – Judicial discretion – Duty to act fairly – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 18 – Penitentiary Act, R.S.C. 1970, c. P-6, s. 29 – Penitentiary Service Regulations and Directives.

R. v. Dwyer and Lauzon 481

Criminal law – Trial – Election by accused – Re-election – Whether accused properly re-elected trial by judge alone – Compliance with Code provisions – Criminal Code, ss. 492, 496.

Continued on back cover

SOMMAIRE (Suite)

Fotti c. La Reine 589

Droit criminel – Accusation de conduite dangereuse – Acquittement infirmé par la Cour d'appel et condamnation – Accusé ne commettant pas une négligence par inadvertance – Agissement constituant l'infraction de conduite dangereuse – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 233(4).

Hilton Québec Ltée c. Tribunal du travail et autres 548

Droit du travail – Congédiement pour distribution d'un document – Autre cause juste et suffisante – Jurisdiction du commissaire-enquêteur – Code du travail, S.R.Q. 1964, chap. 141 et mod., art. 13, 14, 15, 16.

Lafrance et autres c. Commercial Photo Service Inc. 536

Droit du travail – Congédiement pour participation à une grève illégale – Autre cause juste et suffisante – Jurisdiction du commissaire-enquêteur – Code du travail, S.R.Q. 1964, chap. 141 et mod., art. 13, 14, 15, 16.

Manhas c. La Reine 591

Droit criminel – Procès – Juge du procès refusant un ajournement – Pouvoir d'accorder ou de refuser un ajournement – Aucune erreur du juge du procès dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui 602

Compétence – Certiorari – Infraction disciplinaire – Comité de discipline du pénitencier – Détenu condamné à l'unité spéciale de correction – Compétence de la Division de première instance de la Cour fédérale du Canada – Pouvoir discrétionnaire judiciaire – Obligation d'agir équitablement – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 18 – Loi sur les pénitenciers, S.R.C. 1970, chap. P-6, art. 29 – Règlement et directives sur le service des pénitenciers.

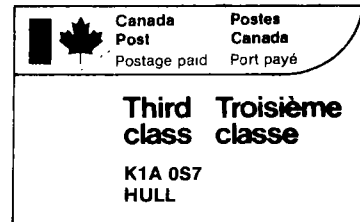
Municipalité de Goulbourn et autres c. Municipalité régionale d'Ottawa-Carleton 496

Droit municipal – Constitution de la Municipalité régionale – Transfert de l'actif du comté par suite de la dissolution assujéti à une ordonnance de la Commission municipale – Pouvoir de la Commission municipale de l'Ontario – The Regional Municipality of Ottawa-Carleton Act, R.S.O. 1970, chap. 407, art. 135, 136, 137 – The Municipal Act, R.S.O. 1970, chap. 284, art. 14.

R. c. Dwyer et Lauzon 481

Droit criminel – Procès – Choix par les accusés – Nouveau choix – Le nouveau choix fait par les accusés d'être jugés par un juge seul est-il régulier? – Respect des dispositions du Code – Code criminel, art. 492, 496.

Suite à la page 4 de la couverture



If undelivered, return COVER ONLY to:
 Canadian Government Printing Office,
 Supply and Services Canada,
 45 Sacré-Coeur Boulevard,
 Hull, Québec, Canada, K1A 0S7

En cas de non-livraison,
 retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
 Imprimerie du gouvernement canadien,
 Approvisionnements et Services Canada,
 45, boulevard Sacré-Coeur,
 Hull, Québec, Canada, K1A 0S7

CONTENTS (Concluded)

SOMMAIRE (Fin)

R. v. Ouellette..... 568

Criminal law – Summary convictions –
 Appeal costs – Payment by the Crown –
 Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss.
 720(1), 738(4), 744(1), 748, 752.1, 755, 758,
 759, 771 – Interpretation Act, R.S.C. 1970, c.
 I-23, s. 16.

Sellars v. The Queen 527

Criminal law – Charge to jury – Testimony of
 an accessory after the fact – Rule of caution
 applicable – Opinion expressed by the Court
 earlier – Authority of this opinion – Obiter
 dictum – No substantial wrong or miscarriage
 of justice – Criminal Code, s. 613(1)(b)(iii).

**Victuni v. Minister of Revenue of
 Quebec 580**

Taxation – Corporate tax – Tax on paid-up
 capital – Land purchased by mandatary –
 Contract of prête-nom – Corporation Tax
 Act, R.S.Q. 1964, c. 67 as am. – Civil Code,
 arts. 1713, 1716 – Companies Act, R.S.Q.
 1964, c. 271, s. 29 – Mortmain Act, R.S.Q.
 1964, c. 276.

R. c. Ouellette..... 568

Droit criminel – Déclarations sommaires de
 culpabilité – Frais d'appel – Paiement par la
 Couronne – Code criminel, S.R.C. 1970,
 chap. C-34, art. 720(1), 738(4), 744(1), 748,
 752.1, 755, 758, 759, 771 – Loi d'interpréta-
 tion, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 16.

Sellars c. La Reine 527

Droit criminel – Directives au jury – Témoi-
 gnage d'un complice après le fait – Règle de
 prudence applicable – Opinion exprimée anté-
 rieurement par le tribunal – Autorité de cette
 opinion – Obiter dictum – Absence de tort
 important ou d'erreur judiciaire grave – Code
 criminel, art. 613(1)(b)(iii).

**Victuni c. Ministre du Revenu du
 Québec 580**

Droit fiscal – Impôt sur les corporations –
 Taxe sur capital versé – Terrain acquis par un
 mandataire – Contrat de prête-nom – Loi de
 l'impôt sur les corporations, S.R.Q. 1964,
 chap. 67 et mod. – Code civil, art. 1713, 1716
 – Loi des compagnies, S.R.Q. 1964, chap.
 271, art. 29 – Loi de la mainmorte, S.R.Q.
 1964, chap. 276.



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 1980 Vol. 1

4^e cahier, 1980 Vol. 1

Zofia Janina Ernewein *Appellant*;

and

The Minister of Employment and Immigration *Respondent*.

1979: June 14; 1979: December 13.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Immigration — Deportation order — Appeal refused by Immigration Appeal Board — Application for leave to appeal to Federal Court dismissed — Appeal to Supreme Court of Canada by leave — Appeal quashed — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 31 as am. 1974-75-76 (Can.), c. 18, s. 9(2) — Immigration Appeal Board Act, R.S.C. 1970, c. 1-3 as enacted 1973-74 (Can.), c. 27, s. 5.

Appeal — Refusal of leave by Federal Court — Discretion of intermediate appellate court — Whether leave to appeal may be sought from Supreme Court of Canada — Jurisdiction of Supreme Court of Canada — Appeal quashed — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 41 as am. 1974-75-76 (Can.), c. 18, s. 5.

Appellant was born in Warsaw, Poland, and is a citizen of that country. She was admitted to Canada as a visitor on December 24, 1973, and remained here after the expiry of the time allowed her as a visitor. Following an inquiry under the *Immigration Act* she was ordered deported. She filed notice of appeal to the Immigration Appeal Board claiming refugee status pursuant to s. 11(1)(c) of the *Immigration Appeal Board Act*. The Board considered the required statutory declaration in support of her claim to be a refugee and concluded, without permitting her to give additional evidence or to make additional submissions, that the appeal should be refused and the order of deportation executed as soon as practicable, in effect deciding in accordance with s. 11(3) that there were no reasonable grounds to believe that the claim of refugee status could be substantiated. On the application for leave to appeal to the Federal Court of Appeal, a statutory requirement, it was charged that there had been a denial of natural justice. That Court however dismissed the application without recorded reasons. Appellant then applied to this Court under s. 31(3) of the *Federal Court Act* for leave to

Zofia Janina Ernewein *Appelante*;

et

Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration *Intimé*.

1979: 14 juin; 1979: 13 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Immigration — Ordonnance d'expulsion — Appel refusé par la Commission d'appel de l'immigration — Rejet de la demande d'autorisation d'appel à la Cour fédérale — Pourvoi en Cour suprême du Canada sur permission — Pourvoi annulé — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 31 mod. par 1974-75-76 (Can.), chap. 18, art. 9(2) — Loi sur la Commission d'appel de l'immigration, S.R.C. 1970, chap. 1-3 promulgué par 1973-74 (Can.), chap. 27, art. 5.

Appeal — Refus d'autorisation de la Cour fédérale — Pouvoir discrétionnaire de la Cour d'appel intermédiaire — Autorisation d'appel peut-elle être demandée à la Cour suprême du Canada? — Compétence de la Cour suprême du Canada — Pourvoi annulé — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 41 mod. par 1974-75-76 (Can.), chap. 18, art. 5.

L'appelante est née à Varsovie, en Pologne, et elle est citoyenne polonaise. Elle a été admise au Canada comme visiteur le 24 décembre 1973, et y est demeurée après l'expiration du temps qui lui était alloué comme visiteur. Son expulsion a été ordonnée suite à une enquête en vertu de la *Loi sur l'immigration*. Elle a déposé un avis d'appel devant la Commission d'appel de l'immigration, réclamant le statut de réfugiée conformément à l'al. 11(1)c) de la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*. La Commission a examiné la déclaration légalement requise à l'appui de sa prétention qu'elle était une réfugiée sans lui permettre de témoigner à nouveau ni de faire valoir d'autres arguments; elle a conclu que l'appel devait être refusé et a ordonné l'exécution aussi prompte que possible de l'ordonnance d'expulsion, ayant en effet décidé, conformément aux exigences du par. 11(3), qu'il n'existait pas de motifs raisonnables de croire que le bien-fondé de la prétention au statut de réfugiée pourrait être établi. Dans la demande d'autorisation d'appel à la Cour d'appel fédérale, exigée par la loi, on a soutenu qu'il y avait eu déni de justice naturelle. Cette cour-là a rejeté la demande

appeal from the refusal of leave by the Federal Court of Appeal. Leave was given enabling this Court to consider in light of the amended s. 31(3) whether such an appeal can competently be entertained.

Held (Pigeon, Beetz and Pratte JJ. dissenting): The appeal should be quashed.

Per Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Estey and McIntyre JJ.: While leave to appeal was granted, this Court has long taken the position that the granting of such leave does not preclude the Court on the hearing of the appeal from reconsidering whether the appeal should be heard. The scheme of appellate review by intermediate appellate courts, whose decisions in turn are appealable here, distinguishes between cases where the appeal is as of right and cases where the appeal cannot come on without leave previously obtained. In the former set of cases the intermediate appellate court cannot refuse to hear the appeals but in the latter it has the power to screen. An ultimate appellate court such as the Supreme Court of Canada should respect this differentiation and recognize that the legislative policy behind it is to leave it to the intermediate appellate court to decide, where leave to appeal is a precondition, whether to entertain it. If it decides that it will not that should end the matter unless there is more commanding language than is found in ss. 31(3) and 41(1) to warrant this Court's interference with what is a discretionary determination to refuse to allow an appeal to proceed.

Per Pigeon, Beetz and Pratte JJ. *dissenting*: In the present case no indication was given to the appellant of the reasons for which her claim to refugee status was denied. The Immigration Appeal Board is not an administrative agency but a court of record and must be subject to the rule that it is not enough that justice be done, it must appear to be done. The *audi alteram partem* principle is a rule of natural justice so firmly adopted that it applies to all who fulfil judicial functions and is not to be excluded by inference. While the validity of the Board's "judgment" is not directly in question it is essential to consider that here the adjudication of a claim was done without any semblance of due process. The Federal Court of Appeal seems simply to have followed its established precedents in denying leave. In particular *Minister of Manpower and Immigration v. Fuentes*, [1974] 2 F.C. 331, should be questioned, as effectively denying rights contemplated in the "U.N. Refugee Convention" and substituting therefor the discretion of the Immigration Appeal Board. The

d'autorisation d'appel sans motifs écrits. L'appelante a alors demandé à cette Cour en vertu du par. 31(3) de la *Loi sur la Cour fédérale* l'autorisation d'interjeter appel du refus d'autorisation de la Cour d'appel fédérale. L'ayant accordée, cette Cour peut examiner si, à la lumière du par. 31(3) modifié, elle est compétente pour entendre pareil pourvoi.

Arrêt (Les juges Pigeon, Beetz et Pratte sont dissidents): Le pourvoi doit être annulé.

Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Estey et McIntyre: L'autorisation d'interjeter appel ayant été accordée, cette Cour a depuis longtemps pour principe que même dans ce cas, cela ne l'empêche pas, à l'audition du pourvoi, de réexaminer s'il doit être entendu. La procédure d'appel devant les cours d'appel intermédiaires, dont les décisions à leur tour peuvent être l'objet d'un pourvoi à cette Cour, fait une distinction entre les cas d'appel de plein droit et ceux où une autorisation doit être préalablement obtenue. Dans le premier cas, la cour d'appel intermédiaire ne peut refuser d'entendre les appels, mais dans le second, elle a le pouvoir de faire un tri. Une cour d'appel de dernier ressort comme la Cour suprême du Canada doit respecter la distinction et reconnaître que l'intention du législateur sous-jacente est de laisser la cour d'appel intermédiaire décider d'entendre un appel au fond, lorsque l'autorisation en est une condition préalable. Une décision négative devrait trancher la question à moins que des termes plus impératifs que ceux des par. 31(3) et 41(1) ne justifient cette Cour d'intervenir dans ce qui constitue une décision discrétionnaire de refuser d'autoriser un appel.

Les juges Pigeon, Beetz et Pratte, *dissidents*: En l'espèce, l'appelante n'a reçu aucune indication des motifs pour lesquels sa revendication du statut de réfugiée a été rejetée. La Commission d'appel de l'immigration n'est pas un organisme administratif, mais une cour d'archives et elle doit être soumise à la règle qu'il ne suffit pas que justice soit rendue, il doit être manifeste qu'elle est rendue. Le principe *audi alteram partem* est une règle de justice naturelle adoptée si fermement qu'elle s'applique à tous ceux qui remplissent des fonctions de nature judiciaire et ne peut être exclue de façon expresse. Bien que la validité du «jugement» de la Commission ne soit pas directement en cause, il est nécessaire de tenir compte qu'ici la décision a été rendue sans la moindre apparence d'application régulière de la loi. La Cour d'appel fédérale semble se conformer à ses précédents établis en refusant l'autorisation. En particulier, il y a lieu de faire des réserves au sujet de l'arrêt *Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Fuentes*, [1974] 2 C.F. 331, qui a pour effet de nier les

question is of major importance but will remain foreclosed unless this Court can grant leave from the denial of leave by the Federal Court of Appeal. The effect will be to exclude all possibility of a review of the *Fuentes* case by this court.

The right of appeal to this Court in this case depends on s. 31 of the *Federal Court Act* of which subs. 31(1), now repealed, gave a right of appeal to the Supreme Court from a "final judgment" of the Federal Court of Appeal in some cases and the definition of "final judgment" remains in s. 2 and means "any judgment or other decision that determines in whole or in part any substantive right . . ." It is apparent that in subs. 31(2) and 31(3) "Final or other judgment" includes any other decision of the Federal Court of Appeal. As both subsections also apply to any "determination" there is no reason to narrow the wide meaning of the words to exclude decisions such as the order here in question.

It is important to note the continuous expansion of the provision in the *Federal Court Act* governing appeals to this Court. In the *Exchequer Court Act* prior to 1949, such appeal lay only from a final judgment or a judgment upon a demurrer or point of law raised by the pleadings. In 1949, this was extended to include appeal with leave from an interlocutory judgment. The use in s. 31 of the present Act of the words "final or other judgment or determination" indicates the will of Parliament to broaden still more, rather than to restrict, the scope of the provision allowing appeals by leave. It is important for this Court in the discharge of its general duty vis-à-vis the application of the law throughout Canada to avoid putting any important question of law beyond possibility of review.

[*Canadian Cablesystems (Ontario) Ltd. v. Consumers' Association of Canada et al.*, [1977] 2 S.C.R. 740; *Lane v. Esdaile*, [1891] A.C. 210; *Canadian Utilities Ltd. et al. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise*, [1964] S.C.R. 57; *Paul v. The Queen*, [1960] S.C.R. 452, referred to; see also Procedure Directive of the House of Lords dated March 6, 1979, noted in [1979] 2 All E.R. 224.]

droits prévus à la «Convention de l'O.N.U. relative au statut des réfugiés» et d'y substituer le pouvoir discrétionnaire de la Commission d'appel de l'immigration. Il s'agit manifestement là d'une question de première importance mais, à moins que cette Cour ne puisse accorder l'autorisation d'interjeter appel du refus d'autorisation de la Cour d'appel fédérale, il est clair qu'elle ne pourra jamais l'étudier. Cela aura pour effet d'exclure toute possibilité de révision de l'arrêt *Fuentes* par cette Cour.

Le droit d'appel à cette Cour en l'espèce repose sur l'art. 31 de la *Loi sur la Cour fédérale* dont le par. 31(1) maintenant abrogé accordait le droit d'interjeter appel à la Cour suprême d'un «jugement final» de la Cour d'appel fédérale dans certains cas et la définition de «jugement final» se trouve toujours à l'art. 2 et signifie «tout jugement ou toute autre décision qui statue en totalité ou en partie sur le fond au sujet d'un droit . . .» Il ressort que l'expression «jugement final ou autre jugement» dans les par. 31(2) et (3) inclut toute autre décision de la Cour d'appel fédérale. Comme le texte anglais de ces deux paragraphes mentionne également toute «*determination*», il n'y a aucune raison de restreindre le sens large de tous ces mots de manière à exclure des décisions comme l'ordre ici en question.

Je considère qu'il importe de souligner l'expansion continue de la disposition dans la *Loi sur la Cour fédérale*, régissant le pourvoi à cette Cour. Dans la *Loi sur la Cour de l'Echiquier* avant 1949, il n'était prévu d'appel que d'un jugement définitif ou d'un jugement sur une exception péremptoire ou sur un point de droit soulevé dans les plaidoiries. En 1949, le droit d'appel a été étendu à l'appel d'un jugement interlocutoire sur autorisation. L'emploi dans le texte anglais de l'art. 31 de la loi actuelle de l'expression «*final or other judgment or determination*» indique l'intention du Parlement d'élargir davantage, plutôt que de restreindre, la portée de la disposition relative aux pourvois sur autorisation. Il importe que cette Cour dans l'exécution de son devoir général vis-à-vis de l'application du droit à travers le Canada, évite de mettre aucune question de droit importante hors de portée de toute révision.

[Jurisprudence: *Canadian Cablesystems (Ontario) Ltd. c. L'Association des consommateurs du Canada et autres*, [1977] 2 R.C.S. 740; *Lane v. Esdaile*, [1891] A.C. 210; *Canadian Utilities Ltd. et autres c. Le sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise*, [1964] R.C.S. 57; *Paul c. La Reine*, [1960] R.C.S. 452; voir aussi une règle de pratique de la Chambre des lords, en date du 6 mars 1979, publiée à [1979] 2 All E.R. 224.]

APPEAL from a refusal, without written or recorded reasons, of the Federal Court of Appeal to grant leave to appeal to that Court from a decision of the Immigration Appeal Board refusing, also without written or recorded reasons, and without permitting the appellant to give additional evidence or to make additional submissions, an appeal from a deportation order. Appeal quashed, Pigeon, Beetz and Pratte JJ. dissenting.

George W. Alexandrowicz, for the appellant.

J. A. Scollin, Q.C., and *D. F. Friesen*, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Estey and McIntyre JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The full Court is concerned in this appeal with a question of jurisdiction relating to the right of the Court to give leave to appeal and, consequently, to entertain an appeal from the refusal of the Federal Court of Appeal to give leave to appeal to that Court from a decision of an inferior tribunal, in this case the Immigration Appeal Board. The question arises under s. 31(3) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, as enacted by 1974-75-76 (Can.), c. 18, s. 9(2), but the same question can arise under s. 41 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, as amended by 1974-75-76 (Can.), c. 18, s. 5, in respect of the refusal of a provincial Court of Appeal to entertain an appeal to itself by refusing required leave.

The appellant before this Court, admitted to Canada as a visitor, was ordered to be deported following an inquiry under the *Immigration Act*, R.S.C. 1970, c. I-2. She filed a notice of appeal to the Immigration Appeal Board, claiming refugee status pursuant to s. 11(1)(c) of the *Immigration Appeal Board Act*, R.S.C. 1970, c. I-3, as enacted by 1973-74 (Can.), c. 27, s. 5. The Board, acting under s. 11(3) of its above-mentioned Act, considered the required statutory declaration in support of the appellant's claim to be a refugee under the Act and concluded, without permitting the appellant to give additional evidence or to make

POURVOI à l'encontre du refus, sans motifs écrits, de la Cour d'appel fédérale d'autoriser qu'un appel soit interjeté devant elle d'une décision de la Commission d'appel de l'immigration qui a rejeté, également sans motifs écrits et sans permettre à l'appelante de témoigner à nouveau ni de faire valoir d'autres arguments, un appel d'une ordonnance d'expulsion. Pourvoi annulé, les juges Pigeon, Beetz et Pratte étant dissidents.

George W. Alexandrowicz, pour l'appelante.

J. A. Scollin, c.r., et *D. F. Friesen*, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Laskin et des juges Martland, Ritchie, Dickson, Estey et McIntyre rendu par

LE JUGE EN CHEF—La Cour au complet se penche dans ce pourvoi sur une question de compétence, savoir son droit d'accorder l'autorisation d'interjeter appel et, en conséquence, d'entendre un pourvoi à l'encontre du refus de la Cour d'appel fédérale d'autoriser que soit portée en appel devant elle une décision d'un tribunal d'instance inférieure, en l'espèce la Commission d'appel de l'immigration. La question se pose aux termes du par. 31(3) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, promulgué par 1974-75-76 (Can.), chap. 18, par. 9(2), mais elle peut aussi bien se poser aux termes de l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19, modifié par 1974-75-76 (Can.), chap. 18, art. 5, à l'égard du refus d'une cour d'appel provinciale de se saisir d'un appel en refusant l'autorisation nécessaire.

L'expulsion de l'appelante, admise au Canada comme visiteur, a été ordonnée à la suite d'une enquête menée en vertu de la *Loi sur l'immigration*, S.R.C. 1970, chap. I-2. Elle a déposé un avis d'appel devant la Commission d'appel de l'immigration, réclamant le statut de réfugiée conformément à l'al. 11(1)c) de la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*, S.R.C. 1970, chap. I-3, promulgué par 1973-74 (Can.), chap. 27, art. 5. En application du par. 11(3) de sa Loi constitutive, la Commission a examiné la déclaration légalement requise à l'appui de la prétention de l'appelante qu'elle était une réfugiée au sens de la Loi et,

additional submissions, that the appeal should be refused and the order of deportation executed as soon as practicable. In effect, the Board decided, in accordance with the prescriptions of s. 11(3), that there were no reasonable grounds to believe that the claim of refugee status could, upon the hearing of the appeal, be established and hence refused to allow the appeal to proceed. It was charged against the Board on an application for leave to appeal to the Federal Court of Appeal, such leave being a statutory requirement, that there had been a denial of natural justice to the appellant. The Federal Court of Appeal dismissed the application for leave without written reasons.

The appellant thereupon applied to this Court under s. 31(3) of the *Federal Court Act* for leave to appeal from the refusal of the Federal Court of Appeal to grant leave to appeal from the adverse ruling of the Immigration Appeal Board. Leave was given, thus enabling this Court to consider, in light of the amended s. 31(3), whether such an appeal can competently be entertained. I should note that this Court has for long taken the position that the granting of leave to appeal thereto does not preclude it, on the hearing of the appeal, from reconsidering whether the appeal should be heard: see *Canadian Cablesystems (Ontario) Ltd. v. Consumers' Association of Canada et al.*¹ The Court said this in the *Cablesystems* case at p. 742:

It should be emphasized that it is no longer enough to establish that a *lis* of some sort exists to oblige this Court to hear an appeal, as was the case when appeals came here as of right. Since leave is now required (and has been required since January 25, 1975) in all civil matters, the Court will give leave to come here in such matters only if the applicant for leave makes out a case under s. 41 of the *Supreme Court Act*, as enacted by 1974-75-76 (Can.), c. 18, s. 5. Although it will be rarely that this Court, leave having been granted, will thereafter refuse to entertain the appeal on the merits, its power to do so is undoubted, whether leave is obtained from a provincial Court of Appeal or from the Federal Court of Appeal or from this Court itself.

¹ [1977] 2 S.C.R. 740.

sans lui permettre de témoigner à nouveau ni de faire valoir d'autres arguments, elle a conclu que l'appel devait être refusé et a ordonné l'exécution aussi prompte que possible de l'ordonnance d'expulsion. La Commission a, en réalité, décidé, conformément aux exigences du par. 11(3), qu'il n'existait pas de motifs raisonnables de croire que le bien-fondé de la prétention au statut de réfugiée pourrait être établi s'il y avait audition de l'appel et elle a donc refusé d'autoriser que l'appel suive son cours. Dans la demande d'autorisation d'appel à la Cour d'appel fédérale, exigée par la loi, l'appellante a soutenu qu'il y avait eu déni de justice naturelle de la part de la Commission. La Cour d'appel fédérale a rejeté la demande d'autorisation d'appel sans motifs écrits.

L'appellante a alors demandé à cette Cour en vertu du par. 31(3) de la *Loi sur la Cour fédérale* l'autorisation d'interjeter appel du refus de la Cour d'appel fédérale de lui accorder l'autorisation d'appeler de la décision défavorable de la Commission d'appel de l'immigration. L'ayant accordée, cette Cour peut donc examiner si, à la lumière du par. 31(3) modifié, elle est compétente pour entendre pareil pourvoi. Je dois noter que cette Cour a depuis longtemps pour principe que même si elle a accordé une autorisation d'interjeter appel cela ne l'empêche pas, à l'audition du pourvoi, de réexaminer s'il doit être entendu: voir l'arrêt *Canadian Cablesystems (Ontario) Ltd. c. L'Association des consommateurs du Canada et autres*¹. Voici ce qu'a dit la Cour dans *Cablesystems* à la p. 742:

On doit souligner qu'il ne suffit plus d'établir qu'un litige quelconque existe pour obliger cette Cour à entendre un pourvoi, comme c'était le cas quand ils étaient introduits de plein droit. Étant donné qu'une autorisation est maintenant exigée en matière civile (et ce, depuis le 25 janvier 1975), la Cour n'accordera une autorisation que si le requérant répond aux conditions de l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême*, promulgué par 1974-75-76 (Can.), chap. 18, art. 5. Une fois l'autorisation accordée, cette Cour ne refusera que rarement d'examiner le pourvoi au fond, mais elle a indubitablement le pouvoir de le faire, que l'autorisation provienne d'une cour d'appel provinciale, de la Cour d'appel fédérale ou de cette Cour elle-même.

¹ [1977] 2 R.C.S. 740.

Certainly, if the *lis* has disappeared or the substratum of the appeal has been removed when it comes on for hearing, this Court would ordinarily refuse to hear it and, so too, if the want of jurisdiction of this Court to hear it is established.

Section 31(3) of the *Federal Court Act* reads as follows:

(3) An appeal lies to the Supreme Court from a 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, where, with respect to the particular case sought to be appealed, the Supreme Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in such question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it, and leave to appeal from such judgment or determination is accordingly granted by the Supreme Court.

The only applicable definition provision is that of "final judgment" found in s. 2 of the Act and in these terms:

"final judgment" means any judgment or other decision that determines in whole or in part any substantive right of any of the parties in controversy in any judicial proceeding;

It is convenient at this point to bring into focus s. 41 of the *Supreme Court Act*, above referred to, which is as follows:

41. (1) Subject to subsection (3), an appeal lies to the Supreme Court from any final or other judgment of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case sought to be appealed to the Supreme Court, whether or not leave to appeal to the Supreme Court has been refused by any other court, where, with respect to the particular case sought to be appealed, the Supreme Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in such question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it, and leave to appeal from such judgment is accordingly granted by the Supreme Court.

(2) Leave to appeal under this section may be granted during the period fixed by section 64 or within thirty

Il est clair que cette Cour refusera ordinairement d'entendre le pourvoi si le litige n'existe plus ou si le substrat du pourvoi est disparu depuis, de même que s'il est établi que cette Cour n'a pas compétence pour l'entendre.

Le paragraphe 31(3) de la *Loi sur la Cour fédérale* se lit comme suit:

(3) Les jugements finals et toute autre décision de la Cour d'appel fédérale sont, que celle-ci ait ou non refusé l'autorisation d'en appeler, susceptibles d'appel devant la Cour suprême du Canada, lorsque cette dernière estime, étant donné l'importance de l'affaire pour le public, l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou sa nature ou son importance à tout autre égard, qu'elle devrait en être saisie et lorsqu'elle accorde dès lors l'autorisation d'interjeter appel de ce jugement.

La seule définition applicable est celle de «jugement final» que l'on trouve à l'art. 2 de la Loi en ces termes:

«jugement final» désigne tout jugement ou toute autre décision qui statue en totalité ou en partie sur le fond au sujet d'un droit d'une ou plusieurs des parties à une procédure judiciaire;

Il convient à ce stade-ci de rappeler le texte de l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême*, susmentionné, qui est le suivant:

41. (1) Sous réserve du paragraphe (3), il peut être interjeté appel à la Cour suprême de tout jugement, définitif ou autre, rendu par la plus haute cour du dernier ressort habilitée, dans une province, à rendre jugement dans l'affaire en question, ou par l'un des juges de cette cour, que l'autorisation d'en appeler à la Cour suprême ait ou non été refusée par un autre tribunal, lorsque la Cour suprême estime, étant donné l'importance de l'affaire pour le public, l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou sa nature ou son importance à tout autre égard, qu'elle devrait en être saisie et lorsqu'elle accorde dès lors l'autorisation d'interjeter appel de ce jugement.

(2) L'autorisation d'appel aux termes du présent article peut être accordée pendant la période fixée par

days thereafter or within such further extended time as the Supreme Court or a judge may either before or after the expiry of the thirty days fix or allow.

(3) No appeal to the Supreme Court lies under this section from the judgment of any court acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence or, except in respect of a question of law or jurisdiction, of an offence other than an indictable offence.

(4) Whenever the Supreme Court has granted leave to appeal, the Supreme Court or a judge may, notwithstanding anything in this Act, extend the time within which the appeal may be allowed.

Applicable definitions of terms used in s. 41 are found in s. 2(1) of the *Supreme Court Act*, and I refer to the following terms therein:

“appeal” includes any proceeding to set aside or vary any judgment of the court appealed from;

“final judgment” means any judgment, rule, order or decision that determines in whole or in part any substantive right of any of the parties in controversy in any judicial proceeding;

“judgment”, when used with reference to the court appealed from, includes any judgment, rule, order, decision, decree, decretal order or sentence thereof; and when used with reference to the Supreme Court, includes any judgment or order of that Court;

“judicial proceeding” includes any action, suit, cause, matter or other proceeding in disposing of which the court appealed from has not exercised merely a regulative, administrative, or executive jurisdiction;

It will be noticed that there is a difference in the wording of the relevant portion of s. 31(3) respecting an appeal here by leave of this Court from the Federal Court of Appeal and of s. 41(1) respecting an appeal by leave of this Court from a provincial appellate court. Section 31(3) speaks of “a final or other judgment or determination of the Federal Court of Appeal”, whereas s. 41(1) speaks only of “any final or other judgment of the highest court of final resort in a province . . .” I do not think that the difference warrants any different conclusion on the issue presented here where an appeal is sought

l'article 64 ou dans les trente jours qui la suivent, ou dans tel autre délai prorogé que la Cour suprême ou un juge peut fixer ou accorder, soit avant, soit après l'expiration des trente jours.

(3) Nul appel à la Cour suprême ne peut être interjeté selon le présent article, du jugement d'une cour acquittant ou déclarant coupable, ou annulant ou confirmant une déclaration de culpabilité ou un acquittement, d'un acte criminel ou, sauf sur une question de droit ou de juridiction, d'une infraction autre qu'un acte criminel.

(4) Chaque fois que la Cour suprême a accordé une autorisation d'appel, cette Cour ou un juge peut, nonobstant toute disposition de la présente loi, proroger le délai d'admission de l'appel.

Les définitions applicables des termes employés à l'art. 41 se trouvent au par. 2(1) de la *Loi sur la Cour suprême*; en voici le texte:

«appel» comprend toute procédure en vue de faire infirmer ou modifier un jugement de la cour dont appel est interjeté;

«jugement définitif» signifie tout jugement, règle, ordonnance ou décision qui détermine en totalité ou en partie un droit absolu d'une des parties en cause dans une procédure judiciaire;

«jugement», relativement à la cour dont appel est interjeté, comprend tout jugement, règle, ordre, ordonnance, décision, décret, arrêt ou sentence de cette cour, et, relativement à la Cour suprême, comprend tout jugement ou ordre de cette dernière Cour;

«procédure judiciaire» comprend toute action, poursuite, cause, matière ou autre procédure à la décision de laquelle la cour dont appel est interjeté n'a pas simplement exercé une juridiction réglementaire, administrative ou exécutive;

On remarque une différence entre les parties pertinentes du par. 31(3) à l'égard d'un pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale sur autorisation de cette Cour-ci et celles du par. 41(1) à l'égard d'un pourvoi formé sur autorisation de cette Cour-ci à l'encontre d'un arrêt d'une cour d'appel provinciale. Le paragraphe 31(3) parle de «jugements finals et toute autre décision de la Cour d'appel fédérale», alors que le par. 41(1) ne parle que de «tout jugement, définitif ou autre, rendu par la plus haute cour du dernier ressort . . . dans une province . . .» Je ne pense pas

to be taken from the Federal Court of Appeal rather than from a provincial court of appeal. This Court certainly has the final word (subject to what Parliament may prescribe) on the meaning to be found in the words "final or other judgment or determination" and in the words "final or other judgment". There is, in my view, little profit to be derived from searching dictionary meanings. At bottom, the question presented here is one of the policy that this Court should follow, having regard to its broad ultimate authority to decide for itself what cases it should hear.

I do think, however, that some consideration must be given to the term "substantive right" which appears in the definition of "final judgment" in the *Federal Court Act* and in the definition of the similar phrase in the *Supreme Court Act*. It connotes to me that the Court appealed from has pronounced on the merits of an appeal which it has decided to entertain but, of course, I am aware of the fact that both s. 31(3) and s. 41(1) would support a wider assessment because of the words "other judgment or determination" in s. 31(3) and the words "other judgment" in s. 41(1). It is nonetheless not difficult to envisage situations which satisfy those words, as, for example, judgments in interlocutory matters, which would give them subject matter without including cases in which the intermediate appellate court has refused to entertain an appeal altogether by refusing required leave.

On the other hand, a refusal of leave may decide nothing about substantive or interlocutory issues but only that the case is not one to be brought forward. That is the usual formula which this Court adopts when it refuses leave. Of course, the Court from which leave is sought may think the decision below is plainly correct and refuse leave on that ground or that, on the facts, it does not raise a sufficiently important issue to be brought forward or that the grounds on which leave is sought would not, even if supported, be dispositive of the appeal. There are so many considerations that enter into a refusal to give leave as to make

que cette différence commande une conclusion différente sur la question en litige en l'espèce où l'on cherche à interjeter appel d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale et non d'un arrêt d'une cour d'appel provinciale. Cette Cour a certainement le dernier mot (sous réserve de ce que le Parlement peut prescrire) sur la signification à accorder aux expressions «jugements finals et toute autre décision» et «jugement, définitif ou autre». Il est, à mon avis, de peu d'utilité de fouiller les définitions de dictionnaires. Au fond, se pose ici la question du principe que cette Cour doit suivre, compte tenu de son large pouvoir de décider pour elle-même en dernier ressort quelles affaires elle doit entendre.

Je suis cependant d'avis qu'il faut tenir compte des expressions «le fond au sujet d'un droit» et «droit absolu» qui figurent dans la définition de «jugement final» dans la *Loi sur la Cour fédérale* et dans la *Loi sur la Cour suprême*. Cela indique à mon avis que la cour dont appel est interjeté s'est prononcée sur le fond de l'appel qu'elle a décidé d'entendre, mais, bien sûr, je suis conscient que tant le par. 31(3) que le par. 41(1) permettraient de donner une interprétation plus large, vu les expressions «jugements finals et . . . autre décision» dans le par. 31(3), et «jugement . . . autre» dans le par. 41(1). Il n'est cependant pas difficile d'imaginer des situations qui correspondent à ces expressions, par exemple, des décisions interlocutoires, et leur donnent une substance, sans inclure les cas où la cour d'appel intermédiaire a tout simplement refusé d'entendre un appel en refusant l'autorisation nécessaire.

D'autre part, un refus d'autorisation peut ne trancher ni question de fond ni question interlocutoire mais simplement décider qu'il s'agit d'une affaire qui n'a pas lieu d'être entendue. C'est la formule habituelle que cette Cour utilise lorsqu'elle refuse une autorisation. Bien sûr la cour à laquelle on demande l'autorisation peut être d'avis que la décision d'instance inférieure est manifestement correcte et refuser l'autorisation pour ce motif ou parce que, compte tenu des faits, elle ne soulève pas une question suffisamment importante pour qu'elle soit entendue ou que les moyens sur lesquels se fonde la demande d'autorisation, même

the matter one peculiarly for the experienced judgment of the Court from which leave is sought.

The scheme of appellate review by intermediate appellate courts, whose decisions in turn are appealable here, distinguishes between cases where the appeal to them is as of right and where the appeal cannot come on to be heard unless leave to appeal is previously obtained. In the one set of cases, the intermediate appellate court cannot refuse to hear the appeals but in the other set it is empowered to screen out those cases which it decides not to hear on any of the issues sought to be brought forward for hearing on the merits. In my view, an ultimate appellate court like the Supreme Court of Canada should respect this differentiation prescribed for courts below, and should recognize that the legislative policy which supports the differentiation is to leave it to the intermediate appellate court to decide, where leave to appeal is a precondition of an appeal to it on the merits, whether it will entertain it. If it decides that it will not, that should end the matter so far as any further appeal here is concerned, unless there is more commanding language than is found in ss. 31(3) and 41(1) to warrant this Court's interference with what is a discretionary determination to refuse to allow an appeal to proceed.

It is my view that considerations of judicial comity should operate in this respect, and I do not think they should depend on whether or not reasons are given for refusing to hear an appeal. There is, of course, the concern, expressed by the appellant's counsel in his argument before this Court, that the refusal of leave by an intermediate court of appeal (perhaps in obedience to a line of previous decisions which are allegedly wrong) would, if accepted as determinative so far as a further appeal here is concerned, prevent this Court from exercising its ultimate authority to set the law right. I am not fearful of any want of good faith in intermediate appellate courts, nor is there any reason to doubt their competence in matters confided to them. Even this Court does not neces-

s'ils étaient établis, ne disposeraient pas de l'appel. Tant d'éléments entrent en ligne de compte dans un refus d'autorisation d'appel qu'il s'agit d'une question qui relève particulièrement du jugement expérimenté de la cour à laquelle l'autorisation est demandée.

La procédure d'appel devant les cours d'appel intermédiaires, dont les décisions à leur tour peuvent être l'objet d'un pourvoi à cette Cour, fait une distinction entre les cas d'appel de plein droit et ceux où une autorisation doit être préalablement obtenue. Dans le premier cas, la cour d'appel intermédiaire ne peut refuser d'entendre les appels, mais dans le second, elle a le pouvoir d'exclure les affaires qu'elle décide de ne pas entendre sur toute question que l'on cherche à lui soumettre pour audition au fond. A mon avis, une cour d'appel de dernier ressort comme la Cour suprême du Canada doit respecter la distinction établie pour les cours d'instance inférieure et reconnaître que l'intention du législateur sous-jacente est de laisser la cour d'appel intermédiaire décider d'entendre un appel au fond, lorsque l'autorisation en est une condition préalable. Une décision négative devrait trancher la question d'un pourvoi subséquent à cette Cour, à moins que des termes plus impératifs que ceux des par. 31(3) et 41(1) ne justifient cette Cour d'intervenir dans ce qui constitue une décision discrétionnaire de refuser d'autoriser un appel.

Je suis d'avis qu'il y a lieu de faire jouer des considérations de courtoisie judiciaire à cet égard, et je ne crois pas qu'elles doivent dépendre du fait que la cour d'appel a donné ou non les motifs de son refus d'entendre l'appel. Il y a bien sûr l'inquiétude, exprimée par l'avocat de l'appelante dans sa plaidoirie devant cette Cour, que le refus d'autorisation par une cour d'appel intermédiaire (qui peut obéir à une série d'arrêts antérieurs qui seraient mal fondés), si on l'accepte comme déterminant quant à un pourvoi ultérieur, empêcherait cette Cour d'exercer son pouvoir de dire le droit en dernier ressort. Je ne crains aucune mauvaise foi de la part des cours d'appel intermédiaires, et il n'y a aucune raison de mettre en doute leur compétence sur les matières qui leur sont dévolues. D'ail-

sarily bring on appeals to it merely because it doubts the correctness of the judgment to be appealed. There is, in my experience, little likelihood of a stoppage of issues from coming here when it is important that they be heard; and there is, of course, the fact that would-be appellants are prone to find more merit in their positions than was seen by the intermediate appellate court which denied them leave to bring their cases to that court.

There is relevant authority in the House of Lords and in this Court for a refusal to entertain an appeal or to give leave to appeal from a refusal of the court appealed from to give leave for the case to come before it. In *Lane v. Esdaile*², the applicable legislation was quite different from that involved here, but the case did concern a refusal of the Court of Appeal to give special leave to appeal a High Court judgment and an application to the House of Lords against that refusal. In refusing the application for leave (because of the expiry of the time limit for appealing under an applicable order and rule), the Court of Appeal made no order but it was contended that the refusal was "an order or judgment" within the meaning of the *Appellate Jurisdiction Act, 1876* (Imp.), c. 59, s. 3, which provided for an appeal to the House of Lords "from any order or judgment" of the Court appealed from. A preliminary objection was taken that no appeal lay to the House of Lords from the Court of Appeal's refusal of leave to come to it. The objection was maintained by the House. I think the whole of the reasons of Lord Halsbury are pertinent here, and they are as follows, at pp. 211-213:

My Lords, I am of opinion that this preliminary objection ought to prevail. An appeal is not to be presumed but must be given. I do not mean to say that it must be given by express words, but it must be given in some form or other in which it can be said that it is affirmatively given and not presumed. In the particular case now before your Lordships the appeal is certainly not given in express words. The words used are "leave of the Court"; and although it may be that in some sense the leave of the Court, whether it is given or withheld,

² [1891] A.C. 210.

leurs cette Cour n'autorise pas nécessairement un pourvoi simplement parce qu'elle a des réserves quant à la décision dont on cherche à interjeter appel. D'après mon expérience, il est peu probable que des questions qui, vu leur importance, devraient être entendues ici soient exclues; et, bien sûr, il y a le fait que des appelants éventuels sont enclins à croire leurs prétentions plus valables que ne l'a considéré la cour d'appel intermédiaire qui leur a refusé l'autorisation de porter leur cause devant elle.

Lorsque le refus de la cour d'autoriser que l'affaire lui soit soumise est porté en appel, le refus d'entendre cet appel ou de l'autoriser trouve appui dans la jurisprudence de la Chambre des lords et de cette Cour. Dans *Lane v. Esdaile*², la loi applicable était très différente de celle en cause en l'espèce, mais l'arrêt portait effectivement sur le refus de la Cour d'appel d'autoriser un appel extraordinaire d'une décision de la Haute Cour et sur une demande à la Chambre des lords visant à faire infirmer ce refus. En refusant la demande d'autorisation (vu l'expiration du délai d'appel prescrit par la règle applicable), la Cour d'appel n'a rendu aucun ordre mais on a prétendu que le refus constituait [TRADUCTION] «un ordre ou jugement» au sens de l'art. 3 de l'*Appellate Jurisdiction Act, 1876* (Imp.), chap. 59, qui prévoyait un appel à la Chambre des lords [TRADUCTION] «de tout ordre ou jugement» de la cour dont appel était interjeté. Par une objection préliminaire, on a fait valoir qu'il n'y avait pas d'appel à la Chambre des lords lorsque la Cour d'appel refusait d'autoriser un appel devant elle. La Chambre a accueilli l'objection. Je suis d'avis que les motifs entiers de lord Halsbury sont pertinents en l'espèce; en voici le texte, aux pp. 211-213:

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, je suis d'avis que cette objection préliminaire doit être accueillie. Un droit d'appel ne se présume pas, il doit être accordé. Je ne veux pas dire qu'il doit être accordé en termes exprès, mais il doit l'être sous une forme ou une autre de sorte qu'on puisse dire qu'il est accordé positivement et non présumé. En l'espèce soumise à vos Seigneuries, le droit d'appel n'est certainement pas accordé en termes exprès. Les termes employés sont «autorisation de la Cour»; et quoiqu'il se puisse que, dans un certain sens, l'autorisa-

² [1891] A.C. 210.

becomes an order (that I will not stay to discuss), that is not the ordinary mode in which it would be described. It is to be something that is done by the order of the Court. I confess myself I should hesitate if it was only to turn upon the question of language, because although a thing might be called an order, or might be called a judgment, or might be called a rule, or might be called a decree, it might well be that nevertheless by reason of the context it would come within the obvious meaning and purpose of the statute; so that although it was no one of those things in name it might be one of those things in substance, and therefore would come within the general provision that an appeal should lie.

But when I look not only at the language used, but at the substance and meaning of the provision, it seems to me that to give an appeal in this case would defeat the whole object and purview of the order or rule itself, because it is obvious that what was there intended by the Legislature was that there should be in some form or other a power to stop an appeal—that there should not be an appeal unless some particular body pointed out by the statute (I will see in a moment what that body is), should permit that an appeal should be given. Now just let us consider what that means, that an appeal shall not be given unless some particular body consents to its being given. Surely if that is intended as a check to unnecessary or frivolous appeals it becomes absolutely illusory if you can appeal from that decision or leave, or whatever it is to be called itself. How could any Court of Review determine whether leave ought to be given or not without hearing and determining upon the hearing whether it was a fit case for an appeal? And if the intermediate Court could enter and must enter into that question, then the Court which is the ultimate Court of Appeal must do so also. The result of that would be that in construing this order, which as I have said is obviously intended to prevent frivolous and unnecessary appeals, you might in truth have two appeals in every case in which, following the ordinary course of things, there would be only one; because if there is a power to appeal when the order has been refused, it would seem to follow as a necessary consequence that you must have a right to appeal when leave has been granted, the result of which is that the person against whom the leave has been granted might appeal from that, and inasmuch as this is no stay of proceeding the Court of Appeal might be entertaining an appeal upon the very same question when this House was entertaining the question whether the Court of Appeal ought ever to have granted the appeal. My Lords, it seems to me that that would reduce the provision to such an absurdity that even if the language were more clear than is contended on the other side one really ought to give it a reasonable construction.

tion de la Cour, qu'elle soit accordée ou refusée, constitue un ordre (je ne m'arrêterai pas à en discuter), ce n'est pas ainsi qu'on la décrit habituellement. Ce doit être quelque chose qui est fait sur ordre de la Cour. J'avoue que pour ma part j'aurais des doutes si cela ne devait dépendre que d'une question de termes, parce que, bien qu'une chose puisse être appelée ordre, jugement, décision ou arrêt, il se peut bien néanmoins d'après le contexte qu'elle relève du sens et de l'objet évidents de la loi; ainsi sans être de nom aucune de ces choses, il se peut qu'au fond, elle en fasse partie et que, par conséquent, elle relève de la disposition générale accordant un droit d'appel.

Mais si je considère non seulement les termes employés, mais le fond et le sens de la disposition, accorder un droit d'appel en l'espèce me semblerait faire échec à l'objet et au but de l'ordre ou de la décision elle-même; parce qu'il est évident que l'intention du législateur était qu'il existe sous une forme ou une autre un pouvoir d'empêcher un appel—qu'il n'y ait pas d'appel à moins qu'un organisme donné indiqué par la loi (j'examinerai dans un moment de quel organisme il s'agit), ne l'autorise. Examinons maintenant ce que cela signifie, qu'un droit d'appel ne doit être accordé que si un organisme donné y consent. Il est clair que si la disposition veut empêcher les appels inutiles ou frivoles, elle devient tout à fait illusoire s'il est possible d'interjeter appel de cette décision ou autorisation, peu importe le nom qu'on lui donne. Comment une cour d'appel pourrait-elle décider si l'autorisation aurait dû être accordée ou non sans tenir une audition et décider après s'il s'agit d'une affaire où un appel devrait être autorisé? Et s'il s'agit là d'une question que pouvait et devait trancher la cour intermédiaire, la cour qui constitue la cour d'appel en dernier ressort le doit également. En conséquence, dans l'interprétation de cet ordre qui, comme je l'ai dit, est évidemment destiné à prévenir les appels frivoles et inutiles, il peut y avoir deux appels dans chaque cas alors que, dans le cours normal des choses, il n'y en aurait qu'un; de fait, s'il existe un droit d'appel lorsqu'on a refusé l'ordre, en corollaire, il s'en suivrait qu'il y a un droit d'appel lorsque l'autorisation a été accordée; ainsi la partie contre laquelle l'autorisation a été accordée pourrait donc en appeler, et dans la mesure où il n'y a pas de suspension des procédures, la Cour d'appel pourrait connaître de cette question précise pendant que cette Chambre examine si la Cour d'appel aurait jamais dû autoriser l'appel. Vos Seigneuries, cela me paraît réduire la disposition à une telle absurdité que même si les termes en étaient plus clairs qu'on le prétend par ailleurs, il faudrait lui donner une interprétation raisonnable.

My Lords, I confess that when I look both at the subject-matter with which the order deals and at the language of the order itself it seems to me obvious that it was intended that the decision should be final (whether that is said in terms or not seems to me to be immaterial), unless the Court of Appeal, the body there prescribed, in the exercise of that jurisdiction should give leave to appeal. As no leave has been given in this case, and as no appeal can be brought unless leave has been given, I am of opinion that this preliminary objection ought to prevail . . .

The logic of Lord Halsbury's observation that if a refusal to give leave to appeal is appealable so must be the granting of leave, is unassailable. Indeed, what it points up is an obliteration of the distinction in the operation of an intermediate appellate court between cases which it chooses to hear on the merits and those in which it either refuses to grant leave or those in which, leave having been granted, an appeal is sought to be taken further from the refusal or grant, as the case may be. In my opinion there must be compelling language in the applicable legislation—and I do not find it here—before such a result can be tolerated. It may be contended that since this Court has asserted, as in the *Cablesystems* case, that the granting of leave by an intermediate appellate court to bring a case here does not foreclose this Court from deciding that the appeal should not proceed, this is tantamount to entertaining an appeal from the granting of leave. It is not so. The granting of leave to come here relates to proceedings in this Court with reference to cases already heard by the intermediate court of appeal and has nothing to do with the issue in the present case, which is concerned with an appeal from an intermediate court of appeal's refusal of leave to have a case come before it for disposition on the merits.

The judgment in *Lane v. Esdaile* was applied by this Court in *Canadian Utilities Ltd. et al. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise*³, where Cartwright J., as he then was, spoke for the Court on a motion to quash an appeal from a judgment of Thorson P. of the Exchequer Court refusing to grant leave to appeal

Vos Seigneuries, j'avoue que lorsque je regarde et l'objet dont traite l'ordre et les termes de l'ordre lui-même, il me paraît évident que la décision devrait être définitive (que ce soit dit en ces termes ou non ne me paraît pas avoir d'incidence), à moins que la Cour d'appel, l'organisme désigné ici, dans l'exercice de cette compétence accorde l'autorisation d'appel. Comme aucune autorisation n'a été accordée en l'espèce, et puisque aucun appel ne peut être interjeté sans autorisation, je suis d'avis que cette objection préliminaire doit être accueillie . . .

La logique de la remarque de lord Halsbury que si un refus d'accorder l'autorisation d'appel est susceptible d'appel, il doit en être de même lorsqu'elle est accordée, est inattaquable. En fait, ce qui est mis en lumière, c'est une disparition de la distinction dans la procédure d'une cour d'appel intermédiaire entre les affaires qu'elle décide d'entendre au fond et celles dans lesquelles, qu'elle refuse l'autorisation d'appel ou l'accorde, un appel subséquent est interjeté dans l'un ou l'autre cas. A mon avis, la loi applicable doit contenir des termes impératifs—que je ne trouve pas ici—pour que pareil résultat puisse être toléré. On peut prétendre que puisque cette Cour a affirmé, comme dans l'affaire *Cablesystems*, que l'autorisation d'interjeter appel ici accordée par une cour d'appel intermédiaire n'empêche pas cette Cour de décider de ne pas y donner suite, cela revient à siéger en appel de l'autorisation. Ce n'est pas le cas. L'autorisation de venir devant cette Cour a trait à des procédures devant elle à l'égard d'affaires déjà entendues par la cour d'appel intermédiaire; ceci n'a rien à voir avec la question en litige en l'espèce, où il s'agit d'un appel interjeté du refus d'une cour d'appel intermédiaire d'autoriser qu'un appel lui soit soumis pour décision sur le fond.

L'arrêt *Lane v. Esdaile* a été appliqué par cette Cour dans *Canadian Utilities Ltd. et autres c. Le sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise*³, où le juge Cartwright, alors juge puîné, a parlé au nom de la Cour. C'était une requête en annulation d'un appel d'une décision du président Thorson de la Cour de l'Echiquier refu-

³ [1964] S.C.R. 57.

³ [1964] R.C.S. 57.

from a declaration of the Tariff Board. Thorson P. later gave written reasons for his refusal to grant leave, stating that no question of law was involved to found jurisdiction and, in any event, it was not the kind of case in which leave should be given. The basis for an appeal to this Court was founded on s. 58 of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 100 and s. 82 of the *Exchequer Court Act*, R.S.C. 1952, c. 98, which provided, respectively, for an appeal to the Exchequer Court by its leave from a declaration of the Tariff Board and for a further appeal to this Court from a final judgment or a judgment of the Exchequer Court upon a demurrer or point of law and, with leave of a Judge of this Court, from an interlocutory judgment of that Court. The appeal here was asserted as of right, and in quashing it Cartwright J. held the reasoning in *Lane v. Esdaile*, *supra*, to be decisive. After referring to a number of other cases in this Court, Cartwright J. said, at p. 63:

It appears to me to have been consistently held in our courts and in the courts of England that where a statute grants a right of appeal conditionally upon leave to appeal being granted by a specified tribunal there is no appeal from the decision of that tribunal to refuse leave, provided that the tribunal has not mistakenly declined jurisdiction but has reached a decision on the merits of the application.

I agree with this view as equally applicable to s. 31(3) and s. 41(1). I would refer also to the Editor's note at the end of the reasons in the *Canadian Utilities* case pointing out that, subsequently, leave to appeal was sought to come here and that Cartwright J., who heard the application, stated that since there was no appeal from the decision of the Exchequer Court, there was no jurisdiction in this Court to grant leave therefrom.

I would refer also to one other applicable authority in this Court. In *Paul v. The Queen*⁴, this Court, sitting as a bench of seven, considered

⁴ [1960] S.C.R. 452.

sant d'autoriser l'appel d'une déclaration de la Commission du tarif. Le président Thorson a par la suite motivé son refus par écrit; il y disait que l'affaire ne comportait aucune question de droit attributive de compétence et que, de toute façon, ce n'était pas le genre de cas où une autorisation devait être accordée. Le pourvoi à cette Cour se fondait sur l'art. 58 de la *Loi sur la taxe d'accise*, S.R.C. 1952, chap. 100 et sur l'art. 82 de la *Loi sur la Cour de l'Echiquier*, S.R.C. 1952, chap. 98, qui prévoyaient, respectivement, un appel à la Cour de l'Echiquier, avec sa permission, d'une déclaration de la Commission du tarif et un pourvoi subséquent à cette Cour d'un jugement définitif ou d'un jugement de la Cour de l'Echiquier sur une exception péremptoire ou un point de droit, ou, avec la permission d'un juge de cette Cour, d'un jugement interlocutoire de la Cour de l'Echiquier. On prétendait en l'espèce que le pourvoi était de plein droit et en l'annulant, le juge Cartwright a statué que le raisonnement dans *Lane v. Esdaile*, précité, était décisif. Après avoir cité plusieurs autres arrêts de cette Cour, le juge Cartwright a dit, à la p. 63:

[TRADUCTION] Il est à mon avis de jurisprudence constante devant nos cours et celles d'Angleterre que lorsqu'une loi accorde un droit d'appel sous réserve de l'obtention d'une autorisation d'un tribunal donné, il n'y a pas d'appel de la décision de ce tribunal s'il refuse l'autorisation, quand il n'a pas décliné compétence par erreur mais a rendu une décision sur le fond de la requête.

Je suis d'avis que cette opinion est également applicable aux par. 31(3) et 41(1). Je renvoie également à la note de l'arrêteste à la fin des motifs dans l'affaire *Canadian Utilities*, qui souligne que, subséquentement, on a demandé l'autorisation d'interjeter appel à cette Cour et que le juge Cartwright, à qui la requête était présentée, a dit que puisqu'il n'y avait pas d'appel de la décision de la Cour de l'Echiquier, cette Cour n'avait pas compétence pour autoriser un appel à cet égard.

Je renvoie aussi à un autre arrêt de cette Cour. Dans *Paul c. La Reine*⁴, cette Cour, formée de sept juges, a examiné si elle avait compétence en

⁴ [1960] R.C.S. 452.

whether it had jurisdiction under s. 41 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1952, c. 159, as it then stood, to grant leave to appeal in a summary conviction matter (which was outside of the provisions for appeal to this Court under the *Criminal Code*) where the Ontario Court of Appeal had refused leave to appeal to that court from a judgment of the County Court. The County Court had dismissed an appeal from a conviction of impaired driving, holding that it had no jurisdiction to proceed with the appeal to it, agreeing with the Crown's preliminary objection to the notice of appeal. The Court of Appeal refused leave to come to it on the ground that the matter in issue was foreclosed by its prior decisions by which it was bound. A majority of this Court held that there was no jurisdiction to give leave from the Ontario Court of Appeal's refusal to bring up the case, nor was there jurisdiction to give leave from the decision of the County Court.

The relevant statutory provisions considered in the *Paul* case were s. 41(1) and (3), reading as follows:

41. (1) 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.

(3) No appeal to the Supreme Court lies under this section from the judgment of any court acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence or, except in respect of a question of law or jurisdiction, of an offence other than an indictable offence.

Fauteux J., as he then was, speaking also for Abbott and Judson JJ. (Taschereau J., as he then was, wrote separate concurring reasons) said this at pp. 466-467:

Agreeing as I do that the highest Court of final resort in the province, in this particular case, is the Court of Appeal, the next point to consider is whether the judgment of that Court, which is here sought to be appealed, is appealable under s. 41.

vertu de l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1952, chap. 159, alors en vigueur, pour autoriser un pourvoi dans un cas de déclaration sommaire de culpabilité (qui ne relevait pas des dispositions du *Code criminel* relatives aux pourvois à cette Cour); la Cour d'appel de l'Ontario avait refusé d'autoriser l'appel de la décision de la Cour de comté. Cette dernière avait rejeté un appel d'une déclaration de culpabilité pour conduite en état d'ivresse, statuant qu'elle n'avait pas compétence pour l'entendre et accueillant l'objection préliminaire du ministère public à l'avis d'appel. La Cour d'appel a refusé d'autoriser l'appel devant elle pour le motif que la question en litige avait été réglée par ses arrêts antérieurs qui la liaient. Cette Cour a statué à la majorité qu'elle n'avait pas compétence pour autoriser le pourvoi à l'encontre du refus de la Cour d'appel de l'Ontario de considérer l'affaire, ni à l'encontre de la décision de la Cour de comté.

Les dispositions pertinentes qui ont été examinées dans l'arrêt *Paul* étaient les par. 41(1) et (3), dont voici le texte:

41. (1) 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.

(3) Nul appel à la Cour suprême ne peut être interjeté selon le présent article, du jugement d'une cour acquittant ou déclarant coupable, ou annulant ou confirmant une déclaration de culpabilité ou un acquittement, d'un acte criminel ou, sauf sur une question de droit ou de juridiction, d'une infraction autre qu'un acte criminel.

Le juge Fauteux, alors juge puîné, parlant aussi pour les juges Abbott et Judson (le juge Taschereau, alors jugé puîné, a rédigé des motifs distincts au même effet) a dit ceci aux pp. 466-467:

[TRADUCTION] Etant d'accord que la plus haute cour de dernier ressort dans la province est en l'espèce la Cour d'appel, la question qu'il faut examiner ensuite est si l'arrêt de cette dernière, dont on cherche à interjeter appel ici, peut être attaqué en vertu de l'art. 41.

As pointed out by our brother Taschereau, the judgment of the Court of Appeal is not a judgment determining an appeal but a judgment refusing leave to appeal and as such not within the terms of s. 41(3). The question is then whether it comes within s. 41(1). The proposition that judgments which are not within the scope of s. 41(3) are necessarily embraced in s. 41(1) has been ruled out in the *Goldhar* case, [1960] S.C.R. 60, where a strict adherence to the rule of literal construction of s. 41 was, in the matter, shown to lead to repugnancy. Such a result would equally obtain if the judgment refusing leave to appeal, in this case, was held to come within s. 41(1). For on the same reasoning, one would have to hold that, for indictable offences, s. 41(1) authorizes an appeal to this Court from a judgment of the Court of Appeal refusing leave to appeal to its Court from the verdict or judgment of first instance on grounds of mixed law and facts or pure facts. Such a jurisdiction would be inconsistent with the limitation of our jurisdiction to pure questions of law in criminal appeals from convictions or acquittals of offences.

Although the judgment of this Court in the *Paul* case was by a bare majority, it is instructive to note the basis of dissent as expressed in the reasons of Ritchie J., speaking for himself and Martland J., with Cartwright J., who also wrote separate dissenting reasons, agreeing with Ritchie J. in the following reasons of the latter, at p. 473:

As has been indicated, I would grant leave to appeal to this Court in the present case, but it should be clearly understood that this decision is strictly confined to the circumstances here disclosed and is based on the assumption that the Court of Appeal dealt with and disposed of the merits of the questions of law raised before it on the application for leave to appeal to that court as fully and effectually and for the same reasons and with the same result as they would have done if leave to appeal had been granted. The granting of this application is not to be construed as a review of the discretion vested in the Court of Appeal by s. 743 of the *Criminal Code* and can have no bearing on the right of the Court of Appeal to refuse leave to appeal in indictable offence cases under s. 583(a)(ii) because what is at issue here is a question of law and cases sought to be appealed under that section are concerned with fact or mixed fact and law. Nor can it be said that the considerations governing this case could apply to an application for leave to appeal to this Court from an order granting leave to appeal to the Court of Appeal because the effect of such an order can only be to pave the way for the

Comme l'a souligné notre collègue Taschereau, l'arrêt de la Cour d'appel n'est pas un jugement disposant d'un appel mais un jugement refusant l'autorisation d'appel, et, comme tel, il ne relève pas du par. 41(3). Il s'agit donc de savoir s'il relève du par. 41(1). L'arrêt *Goldhar*, [1960] R.C.S. 60, a écarté la proposition voulant que le par. 41(1) englobe nécessairement les jugements qui ne relèvent pas du par. 41(3); on y a démontré que le respect strict de la règle d'interprétation littérale de l'art. 41 conduisait à une incohérence. Le résultat serait semblable si l'on statuait que le jugement refusant l'autorisation d'appel en l'espèce relève du par. 41(1). En effet, selon ce raisonnement, il faudrait conclure que, pour les infractions sommaires, le par. 41(1) autorise un appel à cette Cour d'un jugement de la Cour d'appel qui refuse d'autoriser que lui soit présenté un appel du verdict ou du jugement de première instance pour des motifs mixtes de droit et de fait ou de fait seulement. Cette compétence serait incompatible avec notre compétence limitée à des questions de droit seulement dans des pourvois en matière criminelle à l'encontre de déclarations de culpabilité ou d'acquittements.

Bien que la décision de cette Cour dans l'arrêt *Paul* ait été rendue à une mince majorité, le fondement de la dissidence du juge Ritchie, parlant pour lui-même et pour le juge Martland, est révélateur; le juge Cartwright, qui a rédigé des motifs de dissidence distincts, était d'accord avec les motifs suivants du juge Ritchie à la p. 473:

[TRADUCTION] Comme je l'ai indiqué, je suis d'avis d'autoriser le pourvoi à cette Cour en l'espèce, mais il doit être bien compris que cette décision se limite strictement aux circonstances présentes et suppose que la Cour d'appel a examiné et tranché le fond des questions de droit qui lui ont été soumises dans la requête d'autorisation d'appel, aussi complètement et efficacement et pour les mêmes motifs et avec le même résultat qu'elle l'aurait fait si l'autorisation d'appel avait été accordée. Cette autorisation ne doit pas être interprétée comme un contrôle du pouvoir discrétionnaire conféré à la Cour d'appel par l'art. 743 du *Code criminel* et ne peut avoir aucune incidence sur le droit de la Cour d'appel de refuser d'autoriser l'appel dans des cas d'infractions criminelles visées au sous-al. 583a)(ii) parce qu'en l'espèce le litige porte sur une question de droit et les décisions dont on cherche à interjeter appel en vertu de cet article portent sur des questions de fait ou des questions mixtes de fait et de droit. On ne peut non plus dire que les considérations applicables en l'espèce puissent l'être à une requête en autorisation d'appel à cette Cour d'une ordonnance accordant l'autorisation d'inter-

questions of law to be decided on the hearing, and such an order cannot, therefore, have the effect of determining the merits of the appeal.

Lane v. Esdaile, supra, was distinguished by Ritchie J. as turning on a discretionary refusal to grant leave after the time for applying had expired and as not involving a determination on the merits. The present case is also not one in which it can be said that the Federal Court of Appeal's refusal of leave was a determination of the merits in the same way as if it had granted leave to appeal and had thereafter reviewed the merits at a subsequent hearing. I do not wish this to be taken as necessarily opening the door to a review by this Court of a refusal by intermediate courts of appeal to give leave to appeal to them; the majority judgment in the *Paul* case is against such a position. It is enough, however, to underline that even on the view of the dissenting Judges in the *Paul* case, this Court had no jurisdiction to grant a review of the discretionary refusal of the court below to bring an appeal up for its consideration.

I would add to my reasons in this case a reference to a recent Procedure Direction of the House of Lords, dated March 6, 1979, and noted in [1979] 2 All E.R. 224. It concerns petitions for leave to appeal to that Court. They are to be referred to an appeal committee of three Lords of Appeal who are to consider whether a petition appears to be competent to be received and, if so, whether it should be referred for an oral hearing. There follows a listing of classes of petitions declared to be incompetent, of which the first is "petitions for leave to appeal to the House of Lords against a refusal of the Court of Appeal to grant leave to appeal to that Court from a judgment of a lower Court". This is exactly the situation in the present case.

For the foregoing reasons, I would hold that no appeal lies to this Court from a refusal of the Federal Court of Appeal to grant leave to come before it and leave to appeal to question that refusal should not be given by this Court. The

jeter appel à la Cour d'appel parce que pareille ordonnance peut seulement avoir pour effet de préparer le terrain pour les questions de droit à trancher à l'audience; en conséquence pareille ordonnance ne peut avoir pour effet de statuer sur le fond de l'appel.

Le juge Ritchie a établi une distinction entre cette affaire-là et *Lane v. Esdaile*, précité, qui portait sur le refus discrétionnaire d'accorder une autorisation après expiration du délai d'inscription en appel et non sur une décision sur le fond. Dans la présente affaire, on ne peut pas dire non plus que le refus d'autorisation de la Cour d'appel fédérale constitue une décision sur le fond comme si elle avait accordé l'autorisation d'appel et en avait ensuite examiné le fond lors d'une audition. Je ne veux pas que l'on en conclue que cela ouvre nécessairement la porte à une révision par cette Cour lorsque des cours d'appel intermédiaires refusent d'autoriser un appel devant elles; la décision de la majorité dans *Paul* est à l'effet contraire. Il suffit cependant de souligner que même si l'on adopte l'opinion des juges dissidents dans l'arrêt *Paul*, cette Cour n'a pas compétence pour autoriser une révision du refus discrétionnaire de la cour d'instance inférieure de connaître d'un appel.

J'aimerais ajouter à mes motifs dans le présent pourvoi une référence à une règle de pratique récente de la Chambre des lords, en date du 6 mars 1979, que l'on trouve à [1979] 2 All E.R. 224. Elle concerne les requêtes en autorisation d'appel à cette cour-là. Elles doivent être soumises à un comité d'appel composé de trois lords qui doivent examiner si la requête paraît pouvoir être accueillie, et, si c'est le cas, si elle doit être renvoyée à une audition. Suit une liste de catégories de requêtes déclarées irrecevables, dont la première est [TRADUCTION] "requêtes pour autorisation d'interjeter appel à la Chambre des lords du refus de la Cour d'appel d'accorder une autorisation d'appel d'un jugement d'une cour d'instance inférieure". C'est exactement la situation en l'espèce.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis qu'il n'y a pas de pourvoi à cette Cour à l'encontre du refus de la Cour d'appel fédérale d'autoriser qu'un appel lui soit soumis et que cette Cour ne doit pas accorder l'autorisation d'interjeter appel pour con-

situation, in my opinion, is the same under s. 41(1) of the *Supreme Court Act*. This is not a case, moreover, where the Federal Court of Appeal mistakenly declined jurisdiction.

This Court reserved its opinion on this point at the hearing and advised the parties that any further argument would abide the result of its decision on the point. In the circumstances, the appeal must be quashed. This is not a case for costs.

The reasons of Pigeon, Beetz and Pratte JJ. were delivered by

PIGEON J. (*dissenting*)—At the hearing of this case a question was raised from the Bench as to the jurisdiction of the Court to hear it. Argument was thereupon heard on that question only.

The appellant was born in Warsaw, Poland, on November 1, 1932, and is a citizen of Poland. She was married, had two daughters born in 1953 and 1955, and separated from her husband in 1957. She says she came to Canada when she considered her daughters old enough to look after themselves. The exact date of her entry is December 24, 1973. She remained in this country after the expiry of the time allowed her as a visitor and an inquiry was commenced on June 13, 1976, under the *Immigration Act* (R.S.C. 1970, c. I-2). The inquiry resumed on August 18, 1977. The appellant claimed refugee status, but a deportation order was issued based on s. 5(t) of the said *Immigration Act*, that is, not being in possession of a valid and subsisting immigrant visa. The same day a notice of appeal was given in which the appellant stated that she wished to be present at the hearing of the appeal, to make oral submissions to the Board and also to be represented at the hearing. In support of this appeal she filed within five days an affidavit stating the reasons for which she was claiming refugee status and in this, among other allegations, she stated specifically:

12. I am subject to criminal and administrative sanctions for having remained out of Poland without permission. The penalties provided include deprivation of freedom and denial of such human rights as the right to work and to live in the locality of my choice.

tester ce refus. La situation, à mon avis, est la même en vertu du par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême*. De plus, ce n'est pas un cas où la Cour d'appel fédérale a décliné compétence par erreur.

Cette Cour a réservé son opinion sur ce point à l'audience et avisé les parties que la présentation de toute autre plaidoirie devait attendre sa décision sur ce point. Dans les circonstances, le pourvoi doit être annulé. Il n'y a pas lieu d'adjudger de dépens.

Version française des motifs des juges Pigeon, Beetz et Pratte rendus par

LE JUGE PIGEON (*dissident*)—A l'audition de ce pourvoi un membre du tribunal a mis en doute la compétence de la Cour à l'entendre. La plaidoirie n'a alors porté que sur cette question.

L'appelante est née à Varsovie, en Pologne, le 1^{er} novembre 1932 et elle est citoyenne polonaise. Elle s'est mariée, a donné naissance à deux filles en 1953 et 1955, et s'est séparée de son époux en 1957. Elle dit être venue au Canada lorsqu'elle a considéré ses filles assez âgées pour se débrouiller seules. La date exacte de son entrée au pays est le 24 décembre 1973. Elle y est demeurée après l'expiration du temps qui lui était alloué comme visiteur et une enquête a été ouverte le 13 juin 1976, conformément à la *Loi sur l'immigration* (S.R.C. 1970, chap. I-2). L'enquête a repris le 18 août 1977. L'appelante a revendiqué le statut de réfugiée, mais une ordonnance d'expulsion a été rendue fondée sur l'al. 5t) de ladite *Loi sur l'immigration*, parce qu'elle n'était pas en possession d'un visa d'immigrant valide et non périmé. Le même jour un avis d'appel a été produit dans lequel l'appelante a déclaré qu'elle désirait assister à l'audition de l'appel, faire valoir oralement des arguments à la Commission et être représentée. A l'appui de cet appel elle a produit dans les cinq jours un affidavit énonçant les motifs pour lesquels elle revendiquait le statut de réfugiée et, entre autre allégations, elle a déclaré spécifiquement:

[TRADUCTION] 12. Je suis passible de sanctions pénales et administratives pour être demeurée hors de Pologne sans permission. Les peines prévues incluent la perte de liberté et la négation de droits fondamentaux tel le droit de travailler et de vivre à l'endroit de mon choix.

13. This application for refugee status has heightened my fears to the point that I know I will suffer severe penalties, including interrogations and deprivation of liberty. Such an application as this will be treated as akin to treason and other offences against the state, which will not be tolerated and which are ruthlessly suppressed.

On August 30, 1977, without hearing appellant or her counsel, without any notice to them and in their absence, the Immigration Appeal Board delivered the following judgment:

File: 77-9346

IMMIGRATION APPEAL BOARD
LA COMMISSION D'APPEL DE
L'IMMIGRATION

A. B. Weselak The 30th day of August, 1977
G. Tisshaw
H. B. Jaskula

Zofia Janina Ernewein

APPELLANT

The Minister of Employment and Immigration

RESPONDENT

The declaration by the appellant dated the 23rd day of August, 1977, filed pursuant to paragraph (2) of section 11 of the Immigration Appeal Board Act has been considered on the 30th day of August, 1977, and upon reading the submissions filed;

THIS BOARD DOTH ORDER that the appeal from an order of deportation made against the appellant on the 18th day of August, 1977, be and the same is hereby refused.

AND DOTH FURTHER DIRECT that the order of deportation be executed as soon as practicable.

Judgement pronounced this 30th day of August, 1977

(signed) W. J. Hartley
Registrar

The appellant thereupon made an application to the Federal Court of Appeal for an order granting leave to appeal from the judgment of the Immigration Appeal Board and, on November 2, 1977, the following Order was issued without oral or written reasons:

13. Cette demande de statut de réfugiée a accru mes craintes à tel point que je sais que je subirai des peines sévères, y compris des interrogatoires et la perte de liberté. Pareille demande sera considérée comme l'équivalent d'une trahison et d'autres crimes contre l'Etat, qui ne sont pas tolérés et qui sont réprimés sans pitié.

Le 30 août 1977, sans entendre l'appelante ou son avocat, sans les en aviser et en leur absence, la Commission d'appel de l'immigration a rendu la décision suivante:

Dossier: 77-9346

IMMIGRATION APPEAL BOARD
LA COMMISSION D'APPEL DE
L'IMMIGRATION

A. B. Weselak Le 30 août 1977
G. Tisshaw
H. B. Jaskula

Zofia Janina ERNEWEIN

APPELANTE

Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration

INTIMÉ

La déclaration de l'appelante en date du 23 août 1977, produite conformément au paragraphe 11(2) de la Loi sur la Commission d'appel de l'immigration a été examinée le 30 août 1977, et, lecture faite des arguments produits;

LA COMMISSION STATUE que l'appel interjeté d'une ordonnance d'expulsion rendue contre l'appelante le 18 août 1977, n'est pas autorisé.

ET ORDONNE DE PLUS l'exécution aussi prompte que possible de l'ordonnance d'expulsion.

Décision prononcée ce 30 août 1977

(Signé) W. J. Hartley
Registraire

L'appelante a alors demandé à la Cour d'appel fédérale un ordre accordant l'autorisation d'interjeter appel de la décision de la Commission d'appel de l'immigration et, le 2 novembre 1977, l'ordre suivant a été rendu sans motifs oraux ou écrits:

"ORDER"

Jackett, C.J. *November 2, 1977*
 Pratte J.
 Heald J.

The application for leave to appeal is dismissed.

L.P. j. *W. R. Jackett*
 D.V.H.

Leave to appeal from this Order was granted by a panel of three members of this Court on December 20, 1977.

It should at first be pointed out that the appellant's claim for refugee status was made under amendments to the *Immigration Appeal Board Act* (R.S.C. 1970, c. I-3, "the Act") enacted by the statute of 1973, 21-22 Eliz. II, c. 27, ss. 1 and 5. (The *Immigration Act, 1976* (25-26 Eliz. II, c. 52), although assented to August 5, 1977, was proclaimed in force on April 10, 1978.)

The first mentioned amendment added to s. 2 of the *Act* the following definition:

"Convention" means the United Nations Convention Relating to the Status of Refugees signed at Geneva on the twenty-eighth day of July, 1951 and includes any Protocol thereto ratified or acceded to by Canada;

The other amendment replaced s. 11 by a new section, the relevant parts of which are as follows:

11. (1) Subject to subsections (2) and (3), a person against whom an order of deportation is made under the *Immigration Act* may appeal to the Board on any ground of appeal that involves a question of law or fact or mixed law and fact, if, at the time that the order of deportation is made against him, he is

(c) a person who claims he is a refugee protected by the Convention; or

(2) Where an appeal is made to the Board pursuant to subsection (1) and the right of appeal is based on a claim described in paragraph (1)(c) or (d), the notice of appeal to the Board shall contain or be accompanied by a declaration under oath setting out

(a) the nature of the claim;

ORDONNANCE

Le juge en chef Jackett *Le 2 novembre 1977*
 Le juge Pratte
 Le juge Heald

La demande d'autorisation d'interjeter appel est rejetée.

L.P. j. *W. R. Jackett*
 D.V.H.

Une formation de trois juges de cette Cour a accordé l'autorisation d'interjeter appel de cet ordre le 20 décembre 1977.

Il faut d'abord faire remarquer que l'appelante a revendiqué le statut de réfugiée conformément à des modifications à la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration* (S.R.C. 1970, chap. I-3, «la Loi») apportées par la Loi de 1973, 21-22 Eliz. II, chap. 27, art. 1 et 5. (La *Loi sur l'immigration de 1976* (25-26 Eliz. II, chap. 52), quoique sanctionnée le 5 août 1977, n'a été proclamée en vigueur que le 10 avril 1978.)

La première modification mentionnée a ajouté à l'art. 2 de la *Loi* la définition suivante:

«Convention» désigne la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, signée à Genève le 28 juillet 1951, et comprend tout protocole à cette Convention que le Canada a ratifié ou auquel il a adhéré;

L'autre modification a remplacé l'art. 11 par un nouvel article dont voici les parties pertinentes:

11. (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), une personne frappée d'une ordonnance d'expulsion, en vertu de la *Loi sur l'immigration*, peut, en se fondant sur un motif d'appel qui implique une question de droit, une question de fait ou une question mixte de droit et de fait, interjeter appel devant la Commission, si au moment où l'ordonnance d'expulsion est prononcée contre elle, elle est

c) une personne qui prétend être un réfugié que protège la Convention; ou

(2) Lorsqu'un appel est interjeté devant la Commission conformément au paragraphe (1) et que le droit d'appel se fonde sur l'une des prétentions visées par les alinéas (1)c) ou d), l'avis d'appel présenté à la Commission doit contenir une déclaration sous serment énonçant

a) la nature de la prétention;

(b) a statement in reasonable detail of the facts on which the claim is based;

(c) a summary in reasonable detail of the information and evidence intended to be offered in support of the claim upon the hearing of the appeal; and

(d) such other representations as the appellant deems relevant to the claim.

(3) Notwithstanding any provision of this Act, where the Board receives a notice of appeal and the appeal is based on a claim described in paragraph (1)(c) or (d), a quorum of the Board shall forthwith consider the declaration referred to in subsection (2) and, if on the basis of such consideration the Board is of the opinion that there are reasonable grounds to believe that the claim could, upon the hearing of the appeal, be established, it shall allow the appeal to proceed, and in any other case it shall refuse to allow the appeal to proceed and shall thereupon direct that the order of deportation be executed as soon as practicable.

It will be seen that the provisions of the Convention were adopted and became part of the law of Canada by being thus referred to in an Act of Parliament. In *Hurt v. Minister of Manpower and Immigration*⁵, Heald J. giving the unanimous judgment of the Federal Court of Appeal said with reference to another Polish national claiming refugee status:

The United Nations Convention and Protocol defines the term "refugee" as follows:

the term "refugee" shall apply to any person who: . . . owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country . . . (Underlining is mine.) (United Nations Convention relating to the Status of Refugees HCR/INF/29/Rev. 2, Chapter 1, Article 1, paragraph A(2).)

In that case, the Board had given reasons from which it appeared that refugee status had been denied to the immigrant because he had been several years in West Germany whence he had come to Canada via the United States so they said he was not a refugee from West Germany. The Federal Court of Appeal ruled that in so deciding

b) un énoncé suffisamment détaillé des faits sur lesquels se fonde la prétention;

c) un résumé suffisamment détaillé des renseignements et de la preuve que l'appellant entend présenter à l'appui de la prétention lors de l'audience de l'appel; et

d) tout autre exposé que l'appellant estime pertinent en ce qui concerne la prétention.

(3) Nonobstant toute autre disposition de la présente loi, lorsque la Commission reçoit un avis d'appel et que l'appel se fonde sur une prétention visée par les alinéas (1)c) ou d), un groupe de membres de la Commission formant quorum doit immédiatement examiner la déclaration mentionnée au paragraphe (2). Si, se fondant sur cet examen, la Commission estime qu'il existe des motifs raisonnables de croire que le bien-fondé de la prétention pourrait être établi s'il y avait audition de l'appel, elle doit permettre que l'appel suive son cours; sinon, elle doit refuser cette autorisation et ordonner immédiatement, l'exécution aussi prompte que possible de l'ordonnance d'expulsion.

On voit que, par renvoi dans une loi du Parlement, les dispositions de la Convention ont été adoptées et incorporées au droit canadien. Dans *Hurt c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'immigration*⁵, le juge Heald, rendant l'arrêt unanime de la Cour d'appel fédérale a dit à propos d'un autre citoyen polonais réclamant le statut de réfugié:

La convention et le protocole des Nations Unies définissent ainsi le terme «réfugié»:

le terme «réfugié» s'appliquera à toute personne . . . craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays . . . (C'est moi qui souligne.) (Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés HCR/INF/29/Rev. 2, Chapitre 1, article 1, paragraphe A2).)

Dans cette affaire-là, il ressortait des motifs rendus par la Commission que l'immigrant s'était vu refuser le statut de réfugié parce qu'il avait résidé plusieurs années en Allemagne de l'Ouest d'où il était venu au Canada via les États-Unis et qu'en conséquence il n'était pas un réfugié de l'Allemagne de l'Ouest. La Cour d'appel fédérale a

⁵ [1978] 2 F.C. 340.

⁵ [1978] 2 C.F. 340.

the Board had asked itself the wrong question because the appellant was claiming to be a refugee from Poland. The decision was quashed and the matter referred back for redetermination.

In the present case no indication was given to the appellant of the reasons for which her claim to refugee status was denied and, in my view, this raises a very serious question. The Immigration Appeal Board is not an administrative agency but a "court of record" (s. 7, now s. 65). It must therefore be subject to the rule that it is not enough that justice be done, it must appear to be done. It is also a well established principle that *audi alteram partem* is a rule of natural justice so firmly adopted by the common law that it applies to all those who fulfil judicial functions and it is not excluded by inference. See: *L'Alliance des Professeurs Catholiques de Montréal v. Labour Relations Board*⁶ per Rinfret C.J. at p. 154:

[TRANSLATION] The rule that no one should be convicted or deprived of his rights without a hearing, and especially without even being informed that his rights would be in question, is a universal rule of equity, and the silence of a statute should not be relief on as a basis for ignoring it. In my opinion, there would have to be nothing less than an express statement by the legislator for this rule to be superseded; it applies to all courts and to all bodies required to make a decision that might have the effect of destroying a right enjoyed by an individual.

In *Komo Construction Inc. v. Labour Relations Board*⁷, this Court upheld a decision rendered without a hearing when the parties had been given the opportunity of submitting argument in writing and the Board had issued reasons. This is a very different situation from that which is presented in this case where there was no hearing and no reasons were given. In *MacDonald v. The Queen*⁸, this Court upheld a conviction by special Court Martial although no reasons had been given but there had been a hearing. I know of no case where

statué qu'en rendant cette décision la Commission s'était posée la mauvaise question parce que l'appelant prétendait être un réfugié polonais. La décision a été annulée et l'affaire renvoyée aux fins d'une nouvelle décision.

En l'espèce, l'appelante n'a reçu aucune indication des motifs pour lesquels sa revendication du statut de réfugiée a été rejetée et, à mon avis, cela soulève une très grave question. La Commission d'appel de l'immigration n'est pas un organisme administratif, mais une «cour d'archives» (art. 7, maintenant art. 65). Elle doit donc être soumise à la règle qu'il ne suffit pas que justice soit rendue, il doit être manifeste qu'elle est rendue. C'est aussi un principe bien établi que la règle *audi alteram partem* est une règle de justice naturelle que la *common law* a adoptée si fermement qu'elle s'applique à tous ceux qui remplissent des fonctions de nature judiciaire et ne peut être exclue que de façon expresse. Voir: *L'Alliance des Professeurs Catholiques de Montréal c. La Commission des relations de travail*⁶ où le juge en chef Rinfret a dit à la p. 154:

Le principe que nul ne doit être condamné ou privé de ses droits sans être entendu, et surtout sans avoir même reçu avis que ses droits seraient mis en jeu est d'une équité universelle et ce n'est pas le silence de la loi qui devrait être invoqué pour en priver quelqu'un. A mon avis, il ne faudrait rien moins qu'une déclaration expresse du législateur pour mettre de côté cette exigence qui s'applique à tous les tribunaux et à tous les corps appelés à rendre une décision qui aurait pour effet d'annuler un droit possédé par un individu.

Dans *Komo Construction Inc. c. La Commission des relations de travail*⁷, cette Cour a confirmé une décision rendue sans qu'il y ait eu d'audition lorsque les parties avaient eu l'occasion de présenter une plaidoirie écrite et la Commission avait rendu des motifs. C'est là une situation fort différente de celle soumise en l'espèce où il n'y a pas eu d'audition et où aucun motif n'a été rendu. Dans *MacDonald c. La Reine*⁸, cette Cour a confirmé une déclaration de culpabilité prononcée par une Cour martiale spéciale bien qu'aucun motif n'ait

⁶ [1953] 2 S.C.R. 140.

⁷ [1968] S.C.R. 172.

⁸ [1977] 2 S.C.R. 665.

⁶ [1953] 2 R.C.S. 140.

⁷ [1968] R.C.S. 172.

⁸ [1977] 2 R.C.S. 665.

a judicial decision was upheld, where there was neither a hearing nor reasons given, so that nothing shows on what basis the decision was reached. It may be different when the decision is on a purely discretionary matter such as the granting of leave to appeal, but here the decision of the Board is an adjudication on appellant's entitlement to refugee status, a matter of right under the statute and the Convention, not a matter of discretion. In *Minister of Manpower and Immigration v. Hardayal*⁹, this Court accepted that where the statute provided for the issue of a special certificate by administrative decision this was to be taken as final and as excluding the *audi alteram partem* rule, but such is not the case with respect to the determination of refugee status. This was entrusted to a board which is a "court" and must act judicially as appears from such cases as *Leiba v. Minister of Manpower and Immigration*¹⁰.

I do, of course, appreciate that the validity of the Immigration Appeal Board "judgement" is not directly in question before this Court and that the decision challenged before us is the order of the Federal Court of Appeal denying leave to appeal. However, I feel it is essential for a proper appreciation of what is involved in the matter to consider fully the ultimate result, that Canada having entrusted to a special court the adjudication of claims to refugee status this was done in this case without any semblance of due process. The Court is faced with a decision without reasons, without a hearing, without any statement of the Minister's objections, if any, to appellant's claim for refugee status. In the Federal Court of Appeal it seems that it was indicated at the hearing that it was following its established precedents in denying leave in such cases.

An important decision referred to by counsel in this case is *Minister of Manpower and Immigra-*

été donné, mais une audition avait eu lieu. Je ne connais aucun cas où une décision judiciaire a été confirmée lorsqu'il n'y avait pas eu d'audition ni aucun motif donné, de sorte que rien n'indique sur quoi elle se fonde. Il peut en être autrement lorsque la décision est purement discrétionnaire comme l'autorisation d'appel, mais la décision de la Commission en l'espèce statue sur le droit de l'appelante au statut de réfugiée, une question de droit en vertu de la loi et de la Convention, non une question discrétionnaire. Dans *Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Hardayal*⁹, cette Cour a admis que lorsque la loi prévoit la délivrance d'un certificat spécial par décision administrative, celle-ci est définitive et exclut la règle *audi alteram partem*, mais ce n'est pas le cas à l'égard d'une décision portant sur le statut de réfugié. Celle-ci a été confiée à une commission qui est une «cour» et doit agir de façon judiciaire comme il ressort de l'arrêt *Leiba c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*¹⁰.

Je suis, bien sûr, conscient que la validité du «jugement» de la Commission d'appel de l'immigration n'est pas directement en cause devant cette Cour et que la décision contestée devant nous est l'ordre de la Cour d'appel fédérale qui refuse l'autorisation d'interjeter appel. Je suis cependant d'avis que pour bien saisir ce qui est en jeu en l'espèce, il est nécessaire de tenir pleinement compte du résultat ultime, que le Canada ayant confié à une cour spéciale la décision sur toute réclamation du statut de réfugié, la décision a été rendue en l'espèce sans la moindre apparence d'application régulière de la loi. Elle ne comporte aucun motif, il n'y a pas eu d'audition, ni d'énoncé des objections du ministre, s'il en est, à la revendication par l'appelante du statut de réfugiée. En Cour d'appel fédérale, il semble que celle-ci a indiqué à l'audience qu'elle se conformait à ses précédents établis en refusant l'autorisation en pareil cas.

Un arrêt important cité à l'audition est *Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*

⁹ [1978] 1 S.C.R. 470.

¹⁰ [1972] S.C.R. 660.

⁹ [1978] 1 R.C.S. 470.

¹⁰ [1972] R.C.S. 660.

*tion v. Fuentes*¹¹. In that case the Federal Court of Appeal reversed, on appeal by the Minister, an Immigration Appeal Board decision which Pratte J.A. speaking for the Court summarized as follows (at pp. 336-337):

The reasons for judgment of the Board indicate that, from the evidence presented at the hearings which it held, the Board concluded, first, that respondent was in fact "a refugee protected by the Convention". As, under the Convention (as it was interpreted by the Board), respondent could not be deported from Canada, the Board also concluded that the deportation order made against respondent was invalid, and it accordingly allowed the appeal.

The reason for which the appeal was allowed and the case referred back to the Board is stated as follows (at pp. 337-338):

The "United Nations Convention Relating to the Status of Refugees" is only referred to once in the *Immigration Appeal Board Act*; that is in the definition of the word "Convention" in section 2. The only purpose of this definition is to clarify the meaning of the phrase "refugee protected by the Convention" which is used in sections 11(1)(c) and 15(1)(b). As I noted above, section 11(1)(c) confers a right of appeal, under certain conditions, on a person who claims to be a "refugee protected by the Convention". As to section 15(1)(b), it gives the Board the power, where it dismisses an appeal from a deportation order, to quash that order and direct that its execution be stayed if reasonable grounds exist for believing "that the person concerned is a refugee protected by the Convention". That being so it would appear that, in applying the *Immigration Appeal Board Act*, the Board may refer to the Convention Relating to the Status of Refugees for two purposes only, namely:

1. to determine whether, under section 11, a person who has been ordered deported benefits from a right of appeal to the Board, and
2. to determine whether there is a basis for the Board to grant special relief under section 15(1).

Consequently, the fact that the *Immigration Appeal Board Act* refers to the United Nations Convention Relating to the Status of Refugees does not have the effect of incorporating into Canadian domestic law the prohibition contained in that Convention against deporting refugees. Accordingly, a deportation order is not

¹¹ [1974] 2. F.C. 331.

*c. Fuentes*¹¹. La Cour d'appel fédérale y a infirmé, sur appel interjeté par le Ministre, une décision de la Commission d'appel de l'immigration que le juge Pratte, au nom de la Cour, a résumé ainsi (aux pp. 336-337):

Les motifs de la décision de la Commission révèlent que, de la preuve offerte lors des audiences qu'elle avait tenues, la Commission a d'abord conclu que l'intimé était bien «un réfugié que protège la Convention». Comme, suivant la Convention (telle que l'a interprétée la Commission), l'intimé ne pouvait être expulsé du Canada, la Commission a aussi conclu que l'ordonnance d'expulsion prononcée contre l'intimé était invalide et, en conséquence, elle a admis l'appel.

Voici le motif pour lequel l'appel a été accueilli et l'affaire renvoyée à la Commission (aux pp. 337 et 338):

«La Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés» n'est mentionnée qu'une fois dans la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*; c'est dans la définition du mot «Convention» que donne l'article 2. Cette définition n'a d'autre but que de préciser le sens de l'expression «réfugié que protège la Convention» qui est employée à l'article 11(1)(c) et à l'article 15(1)(b). L'article 11(1)(c), je l'ai déjà dit, accorde un droit d'appel, sous certaines conditions, à celui qui prétend être «un réfugié que protège la Convention». Quant à l'article 15(1)(b), il donne le pouvoir à la Commission, dans le cas où elle rejette un appel d'une ordonnance d'expulsion, de casser cette ordonnance ou d'ordonner qu'il soit sursis à son exécution s'il existe des motifs raisonnables de croire «que la personne intéressée est un réfugié que protège la Convention». Cela étant, il m'apparaît que, en appliquant la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*, la Commission peut référer à la Convention relative au statut des réfugiés dans deux buts seulement, savoir

1. pour déterminer si, suivant l'article 11 une personne dont l'expulsion a été ordonnée bénéficie d'un droit d'appel à la Commission,
2. pour déterminer si il y a lieu pour la Commission d'accorder un redressement spécial en vertu de l'article 15(1).

Le fait que la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration* fasse mention de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés n'a donc pas pour effet d'incorporer au droit interne canadien l'interdiction que contient cette Convention de déporter des réfugiés. En conséquence, une ordonnance d'expul-

¹¹ [1974] 2 C.F. 331.

invalid merely by virtue of the fact that it was made against a refugee protected by the Convention.

I have grave doubts as to the correctness of this decision which, in effect, denies to refugees the rights contemplated in the Convention, substituting therefor the discretion of the Board. With respect, it is apparent that the Federal Court of Appeal in so holding overlooked the important principle stated by Lord Diplock as follows in *Post Office v. Estuary Radio Ltd.*¹² (at p. 757):

... there is a presumption that the Crown did not intend to break an international treaty (see *Salomon v. Commissioners of Customs and Excise*, [1967] 2 Q.B. 116; [1966] 3 W.L.R. 36; [1966] 2 All E.R. 340, C.A.).

The government may for reasons of national security prevent the Board from allowing some refugee appeals by filing a certificate signed by the Minister and the Solicitor General in accordance with s. 21 of the *Act* (now s. 83). Such a certificate will be conclusive as this Court held in *Prata v. Minister of Manpower and Immigration*¹³. However, I have grave doubts that the Board may otherwise properly disregard the provisions of the Convention concerning refugees.

This is obviously a question of major importance but, unless this Court can grant leave to appeal from the denial of leave by the Federal Court of Appeal, it appears that it will remain foreclosed. The Board obviously is bound to act in accordance with what the Federal Court of Appeal has decided and, if the latter systematically denies leave to appeal from any decision of the Board made in accordance with a prior decision of that Court, as we were told, the fact that the *Fuentes* case was not appealed will mean that the law has been thereby established and there is no possibility of a review of the question by this Court.

The right of appeal to this Court in the present case depends on s. 31 of the *Federal Court Act* which, as amended by s. 9 of the Act of 1974, 23 Eliz. II, c. 18, reads:

31. (1) Repealed.

¹² [1968] 2 Q.B. 740.

¹³ [1976] 1 S.C.R. 376.

sion n'est pas invalide du seul fait qu'elle a été prononcée contre un réfugié que protège la Convention.

J'ai de sérieuses réserves à faire au sujet de cet arrêt qui a pour effet de nier aux réfugiés les droits prévus à la Convention et d'y substituer le pouvoir discrétionnaire de la Commission. Avec égards, il est évident qu'en statuant dans ce sens la Cour d'appel a oublié le principe important énoncé comme suit par lord Diplock dans *Post Office v. Estuary Radio Ltd.*¹² (à la p. 757):

[TRADUCTION] ... il y a une présomption que le gouvernement n'a pas l'intention de violer un traité international (voir *Salomon v. Commissioners of Customs and Excise*, [1967] 2 Q.B. 116; [1966] 3 W.L.R. 36; [1966] 2 All E.R. 340, C.A.).

Le gouvernement, pour des raisons de sécurité nationale, peut empêcher la Commission d'accueillir l'appel de certains réfugiés en produisant un certificat signé par le Ministre et par le solliciteur général conformément à l'art. 21 de la *Loi* (maintenant l'art. 83). Cette Cour a décidé dans *Prata c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*¹³ que pareil certificat est concluant. Cependant, je doute sérieusement que la Commission puisse autrement déroger valablement aux dispositions de la Convention relatives aux réfugiés.

Il s'agit manifestement là d'une question de première importance mais, à moins que cette Cour ne puisse accorder l'autorisation d'interjeter appel du refus d'autorisation de la Cour d'appel fédérale, il est clair qu'elle ne pourra jamais l'étudier. La Commission doit évidemment respecter ce que la Cour d'appel fédérale a décidé et si, comme on nous l'a dit, cette dernière refuse systématiquement d'autoriser l'appel des décisions de la Commission rendues conformément à un de ses arrêts antérieurs, le fait qu'il n'a pas été interjeté appel de l'arrêt *Fuentes* signifie que le droit a été fixé et que cette Cour ne peut réviser la question.

Le droit d'appel à cette Cour en l'espèce repose sur l'art. 31 de la *Loi sur la Cour fédérale* dont voici le texte, modifié par l'art. 9 de la Loi de 1974, 23 Eliz. II, chap. 18:

31. (1) Abrogé.

¹² [1968] 2 Q.B. 740.

¹³ [1976] 1 R.C.S. 376.

(2) An appeal to the Supreme Court lies with leave of the Federal Court of Appeal from a final or other judgment or determination of that Court where, in the opinion of the Court of Appeal, the question involved in the appeal is one that ought to be submitted to the Supreme Court for decision.

(3) An appeal lies to the Supreme Court from a 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, where, with respect to the particular case sought to be appealed, the Supreme Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in such question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it, and leave to appeal from such judgment or determination is accordingly granted by the Supreme Court.

(4) Repealed.

Subsection 31(1) now repealed gave a right of appeal to this Court from a final judgment of the Federal Court of Appeal in some cases and the definition of that expression remains in s. 2 as follows:

“final judgment” means any judgment or other decision that determines in whole or in part any substantive right of any of the parties in controversy in any judicial proceeding; (Underlining added.)

From this definition, it is apparent that in subs. 31(2) and 31(3) “final or other judgment” includes any other “decision” of the Federal Court of Appeal. Seeing that both subsections also apply to any “determination”, I fail to see on what basis the wide meaning of these words may be narrowed down to exclude decisions such as the order from which leave to appeal was granted in this case. In support of the objection to jurisdiction, reference was made first to the judgment of this Court in *Canadian Utilities Limited v. Deputy Minister of National Revenue*¹⁴. In that case, the appeal that was quashed had been taken under the provisions of s. 58 of the *Excise Tax Act* (R.S.C. 1952, c. 100) the material part of which read:

(2) Il peut être interjeté appel, devant la Cour suprême, avec l'autorisation de la Cour d'appel fédérale, d'un jugement final ou autre jugement de cette Cour lorsque la Cour d'appel estime que la question en jeu dans l'appel est une question qui devrait être soumise à la Cour suprême pour décision.

(3) Les jugements finals et toute autre décision de la Cour d'appel fédérale sont, que celle-ci ait ou non refusé l'autorisation d'en appeler, susceptibles d'appel devant la Cour suprême du Canada, lorsque cette dernière estime, étant donné l'importance de l'affaire pour le public, l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou sa nature ou son importance à tout autre égard, qu'elle devrait en être saisie et lorsqu'elle accorde dès lors l'autorisation d'interjeter appel de ce jugement.

(4) Abrogé.

Le paragraphe 31(1) maintenant abrogé accordait le droit d'interjeter appel à cette Cour d'un jugement final de la Cour d'appel fédérale dans certains cas et la définition de cette expression se trouve toujours à l'art. 2 dans les termes suivants:

«jugement final» désigne tout jugement ou toute autre décision qui statue en totalité ou en partie sur le fond au sujet d'un droit d'une ou plusieurs des parties à une procédure judiciaire; (C'est moi qui souligne.)

Il ressort de cette définition que l'expression «jugement final ou autre jugement» dans les par. 31(2) et 31(3) inclut toute autre «décision» de la Cour d'appel fédérale. Le texte anglais de ces deux paragraphes mentionne également toute «determination». Je ne peux voir d'après quel principe le sens large de tous ces mots pourrait être restreint de manière à exclure des décisions comme l'ordre à l'égard duquel l'autorisation d'appel a été accordée en l'espèce. A l'appui de l'objection à la compétence, on a cité tout d'abord l'arrêt de cette Cour dans *Canadian Utilities Limited c. Le sous-ministre du Revenu national*¹⁴. Dans cette affaire, l'appel qui a été rejeté avait été interjeté en vertu des dispositions de l'art. 58 de la *Loi sur la taxe d'accise* (S.R.C. 1952, chap. 100) dont voici la partie pertinente:

¹⁴ [1964] S.C.R. 57.

¹⁴ [1964] R.C.S. 57.

58. (1) Any of the parties to proceedings under section 57, namely,

may, upon leave being obtained from the Exchequer Court of Canada or a judge thereof, upon application made within thirty days from the making of the declaration sought to be appealed, or within such further time as the Court or judge may allow, appeal to the Exchequer Court upon any question that in the opinion of the Court or judge is a question of law.

(6) Any order or judgment of the Exchequer Court made under this section may be appealed to the Supreme Court of Canada in like manner as any other judgment of the Exchequer Court, and the provisions of the *Exchequer Court Act* as to appeals apply to any appeal taken under this subsection.

Leave to appeal to the Exchequer Court was refused by a judge of that Court and an appeal was thereupon taken to this Court under subs. 6. It appears to me that, in the context of s. 58, subs. 6, was properly construed as referring only to an appeal from the disposition made by the Exchequer Court upon an appeal, not to the refusal of leave. I fail to see how this may now serve to cut down the wide scope of the present provisions of the *Federal Court Act* in a different context. I must also note that the judgment of the House of Lords in *Lane v. Esdaile*¹⁵ relied on in the *Canadian Utilities* case likewise dealt with an appeal taken as of right. After a judgment against several defendants, an appeal was taken by some of them who were ultimately successful on a further appeal to the House of Lords. Two defendants who had not appealed then sought from the Court of Appeal, more than three years after the judgment at trial, special leave to appeal under a rule providing that there should be no appeal except by special leave after the expiration of one year. The House of Lords held that no right to appeal from such refusal was given by the *Appellate Jurisdiction Act 1876* under the words "an appeal shall lie to the House of Lords from any order or judgment of" the Court of Appeal. It does not appear to me that the considerations which moved the House of

¹⁵ [1891] A.C. 210.

58. (1) Toute partie aux procédures prévues par l'article 57, savoir:

peut, avec la permission de la Cour de l'Echiquier du Canada, ou d'un de ses juges, obtenue sur une demande formulée dans les trente jours de l'établissement de la déclaration dont on veut appeler, ou dans tel délai supplémentaire accordé par la Cour ou le juge, interjeter appel à la Cour de l'Echiquier sur toute question qui, de l'avis de la Cour ou du juge, est une question de droit.

(6) Il peut être interjeté appel à la Cour suprême du Canada de toute ordonnance ou de tout jugement rendu, aux termes du présent article, par la Cour de l'Echiquier, de la même manière que de tout autre jugement de ce dernier tribunal, et les dispositions de la *Loi sur la Cour de l'Echiquier* relatives aux appels s'appliquent à tout appel porté sous le régime du présent paragraphe.

Un juge de la Cour de l'Echiquier a refusé l'autorisation d'interjeter appel à cette cour et un pourvoi a alors été interjeté devant la Cour suprême en vertu du par. (6). Le paragraphe (6) me paraît avoir été correctement interprété, dans le contexte de l'art. 58, de façon à ne viser qu'un pourvoi à l'encontre d'une décision rendue par la Cour de l'Echiquier sur un appel, non d'un refus d'autorisation. Je ne peux voir comment cela pourrait maintenant servir dans un contexte différent à réduire la large portée des dispositions actuelles de la *Loi sur la Cour fédérale*. Je dois aussi noter que l'arrêt de la Chambre des lords dans *Lane v. Esdaile*¹⁵ sur lequel l'arrêt *Canadian Utilities* s'est appuyé concernait également un appel interjeté de plein droit. Après qu'une décision eut été rendue contre plusieurs défendeurs, certains d'entre eux ont interjeté appel et un pourvoi subséquent à la Chambre des lords a été couronné de succès. Deux défendeurs qui n'avaient pas interjeté appel ont alors demandé à la Cour d'appel, plus de trois ans après le jugement de première instance, une autorisation spéciale d'interjeter appel en vertu d'une règle établissant qu'aucun appel ne pouvait être interjeté après l'expiration d'une année sauf sur autorisation spéciale. La Chambre des lords a décidé que les termes suivants de l'*Appellate Jurisdiction Act 1876*, [TRADUCTION] «il peut être

¹⁵ [1891] A.C. 210.

Lords to construe this provision as referable only to an order or judgment on an appeal are applicable to the construction of subs. 31(3) of the *Federal Court Act* which deals with the granting of leave to appeal not with appeals as of right. Recently in *Cité de Pont Viau v. Gauthier Mfg. Ltd.*¹⁶, this Court allowed an appeal by leave from a judgment of the Quebec Court of Appeal refusing leave to appeal under the last sentence of art. 523 C.C.P. reading:

... It [the Court of Appeal] may even, notwithstanding the expiry of the delay allowed by article 494, but provided that more than six months have not elapsed since the judgment, grant special leave to appeal to a party who shows that in fact it was impossible for him to act sooner.

An inscription in appeal had been made and served within the proper time. Unfortunately, by error due to an incorrect description of the solicitors for the other party at the end of the judgment at trial, the inscription was not properly served. The appeal was quashed and the Court of Appeal refused to grant leave on the view that the error had not made it "impossible" to act in time. On reaching the conclusion that on the proper construction of the Code it was the impossibility for the party, not for its solicitor, that had to be shown, it was held that leave had been denied by reason of an erroneous construction of the legal requirement rather than on a proper exercise of discretion and, therefore, this Court allowed an appeal although it meant that the case had to go back to the Court of Appeal for hearing on the merits.

Returning now to the provisions of the *Federal Court Act*, I consider it important to note the continuous expansion of the provision governing appeals. In the *Exchequer Court Act* prior to 1949, provision for an appeal to this Court was made only from a final judgment or a judgment

interjeté appel à la Chambre des lords de tout ordre ou jugement rendu» par la Cour d'appel, n'accordaient aucun droit d'interjeter appel du refus en cause. Les considérations qui ont amené la Chambre des lords à interpréter ces dispositions de façon à ne viser qu'un ordre ou jugement rendu en appel ne me paraissent pas applicables à l'interprétation du par. 31(3) de la *Loi sur la Cour fédérale* qui traite de l'autorisation d'interjeter appel, non de l'appel de plein droit. Dans l'arrêt récent *Cité de Pont Viau c. Gauthier Mfg. Ltd.*¹⁶, cette Cour a accueilli un pourvoi sur autorisation contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui refusait l'autorisation d'interjeter appel en vertu de la dernière phrase de l'art. 523 C.p.c. qui se lit:

... elle [la Cour d'appel] peut même, nonobstant l'expiration du délai prévu à l'article 494, mais pourvu qu'il ne se soit pas écoulé plus de six mois depuis le jugement, accorder une permission spéciale d'appeler à la partie qui démontre qu'elle a été, en fait, dans l'impossibilité d'agir plus tôt.

Une inscription en appel avait été produite et signifiée dans le délai voulu. Malheureusement, à cause d'une désignation erronée des procureurs de la partie adverse au bas du jugement de première instance, l'inscription n'a pas été signifiée suivant les règles. L'appel a été rejeté et la Cour d'appel a refusé d'accorder l'autorisation au motif que l'erreur n'avait pas créé une «impossibilité» d'agir dans le délai. Etant venue à la conclusion que, suivant une interprétation correcte du Code, c'était l'impossibilité pour la partie, non pour son procureur, qui devait être démontrée, cette Cour a décidé que le refus de l'autorisation était dû à une interprétation erronée de l'exigence légale plutôt qu'à l'exercice correct du pouvoir discrétionnaire; elle a donc accueilli le pourvoi bien qu'en conséquence l'affaire ait dû être renvoyée à la Cour d'appel pour décision sur le fond.

Revenant maintenant aux dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale*, je considère qu'il importe de souligner l'expansion continue de la disposition régissant l'appel ou le pourvoi. Dans la *Loi sur la Cour de l'Echiquier* avant 1949, il n'était prévu d'appel à cette Cour que «d'un jugement définitif

¹⁶ [1978] 2 S.C.R. 516.

¹⁶ [1978] 2 R.C.S. 516.

upon a demurrer or point of law raised by the pleadings. In 1949, the following was enacted:

82. (1) An appeal to the Supreme Court of Canada lies

(a) from a final judgment or a judgment upon a demurrer or point of law raised by the pleadings, and

(b) with leave of a judge of the Supreme Court of Canada, from an interlocutory judgment,

pronounced by the Exchequer Court in an action, suit, cause, matter or other judicial proceeding, in which the actual amount in controversy exceeds five hundred dollars.

This enactment was considered by this Court in *Muzak Corporation v. Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd.*¹⁷ The decision from which leave to appeal had been granted was an "order" for service out of the jurisdiction. Although there were two dissents on the propriety of this order, the Court was unanimous in holding that such an order was an "interlocutory judgment" within the meaning of s. 82. Cartwright J. said (at pp. 196-197):

In *Ex Parte Chinery* ((1884), 12 Q.B.D. 342) Cotton L.J. said:—

... Now, in legal language, and in Acts of Parliament, as well as with regard to the rights of the parties, there is a well-known distinction between a "judgment" and an "order". No doubt the orders under the Judicature Act provide that every order may be enforced in the same manner as a judgment; but still judgments and orders are kept entirely distinct. It is not said that the word "judgment" shall in other Acts of Parliament include an "order". I think we ought to give to the words "final judgment" in this subsection their strict and proper meaning, i.e., a judgment obtained in an action by which a previous existing liability of the defendant to the plaintiff is ascertained or established—unless there is something to shew an intention to use the words in a more extended sense.

This language was adopted by Lord Esher, M.R. in *Onslow v. Commissioners of Inland Revenue* (1890), 25 Q.B.D. 465, but in both of these cases the order held not to be a judgment had been obtained in a proceeding

¹⁷ [1953] 2 S.C.R. 182.

ou d'un jugement sur une exception péremptoire ou sur un point de droit soulevé dans les plaidoiries». En 1949, les dispositions suivantes ont été adoptées:

82. (1) Il peut être interjeté appel à la Cour suprême du Canada

a) d'un jugement définitif ou d'un jugement sur une exception péremptoire ou un point de droit soulevé dans les plaidoiries; ou

b) avec la permission d'un juge de la Cour suprême du Canada, d'un jugement interlocutoire,

prononcé par la Cour de l'Échiquier dans une action, poursuite, cause, affaire ou autre procédure judiciaire, où le montant réel en litige dépasse cinq cents dollars.

Cette Cour a examiné cette disposition dans l'arrêt *Muzak Corporation c. Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd.*¹⁷ La décision à l'égard de laquelle l'autorisation d'interjeter appel avait été accordée était une «ordonnance» de signification hors la juridiction. Quoiqu'il y ait eu deux dissidences sur la validité de cette ordonnance, la Cour a statué à l'unanimité qu'elle constituait un «jugement interlocutoire» au sens de l'art. 82. Le juge Cartwright a dit (aux pp. 196-197):

[TRADUCTION] Dans *Ex Parte Chinery* ((1884), 12 Q.B.D. 342), lord juge Cotton a dit:

... Or, dans la langue du droit, et dans les lois du Parlement, de même qu'en ce qui concerne les droits des parties, il y a une distinction bien connue entre un «jugement» et une «ordonnance». Il ne fait pas de doute que les ordonnances rendues en vertu de la Judicature Act veulent que chaque ordonnance puisse être exécutée de la même façon qu'un jugement; mais il reste que les jugements et les ordonnances sont entièrement distincts. Il n'est pas dit que le terme «jugement» inclut une «ordonnance» dans d'autres lois du Parlement. Je suis d'avis que, à moins qu'il n'y ait quelque indice de l'intention de l'employer dans un sens plus large, nous devons donner à l'expression «jugement final» dans ce paragraphe son sens propre et strict, c.-à-d. un jugement obtenu dans une action où une obligation préexistante du défendeur envers le demandeur a été déterminée ou établie.

Lord Esher, Maître des rôles, a adopté cette opinion dans l'arrêt *Onslow v. Commissioners of Inland Revenue* (1890), 25 Q.B.D. 465, mais dans ces deux affaires l'ordonnance dont on a décidé qu'elle n'était pas un

¹⁷ [1953] 2 R.C.S. 182.

other than an action and in the last mentioned case Lord Esher said at page 466:—

A “judgment”, therefore, is a decision obtained in an action, and every other decision is an order.

It will be observed that the judgments in both of the last mentioned cases envisage the possibility of there being something in the statutory provisions under consideration to show an intention on the part of Parliament to use the word “judgment” in a more extended sense. In the case at bar I think such an intention is shown by the circumstance, pointed out by my brother Kerwin, that if s. 82 is construed as dealing only with judgments falling strictly within the definition given by Cotton L. J. there would be nothing upon which clause (b) of subsection (1) of s. 82 could operate. A construction which would leave the clause without any effect must be avoided if possible, and, in this case, it can be avoided by giving to the word “judgment”, a sense in which it is often used and interpreting it as including orders. While, in view of the decision of this Court in *British American Brewing Co. Ltd. v. The King*, [1935] S.C.R. 568, I do not suggest that the interpretation section of the *Supreme Court Act*, the words of clause (d) of s. 2 of the first mentioned Act furnish an example of the wide sense in which the word “judgment” is frequently employed. It reads as follows:—

2. (d) “judgment”, when used with reference to the court appealed from, includes any judgment, rule, order, decision, decree, decretal order or sentence thereof; and when used with reference to the Supreme Court, includes any judgment or order of that Court;

In my view the use in s. 31 of the words “final or other judgment or determination” indicates the intention of Parliament to broaden still more, rather than to restrict the scope of the provision allowing appeals by leave. I must point out that in *Hill v. The Queen*¹⁸, this Court sitting in full was unanimous in adhering to the wide unrestricted view of the jurisdiction by leave of the Court under s. 41 of the *Supreme Court Act* and explicitly overruled the *Goldhar*¹⁹ case and other cases which adopted its approach to deny jurisdiction such as *Paul v. The Queen*²⁰ (see per Laskin C.J. in *Hill* at p. 830).

¹⁸ [1977] 1 S.C.R. 827.

¹⁹ [1960] S.C.R. 60.

²⁰ [1960] S.C.R. 452.

jugement avait été obtenue dans une instance autre qu'une action et dans le dernier arrêt mentionné lord Esher a dit à la page 466:—

Un «jugement», est donc une décision obtenue dans une action, et toute autre décision est une ordonnance.

On notera que les jugements rendus dans les deux dernières affaires envisagent la possibilité que les dispositions de la loi examinée contiennent un indice de l'intention du Parlement d'employer le terme «jugement» dans un sens plus large. En l'espèce, je suis d'avis que cette intention est démontrée par le fait, qu'a souligné mon collègue Kerwin, que si l'on interprète l'art. 82 de façon à ne viser que les jugements qui tombent strictement dans la définition du lord juge Cotton, l'alinéa b) du paragraphe (1) de l'art. 82 n'a aucun objet. Il faut si possible éviter une interprétation selon laquelle cet alinéa n'aurait aucun effet, et, en l'espèce, on peut l'éviter en donnant au terme «jugement» un sens dans lequel il est souvent utilisé et en l'interprétant de façon à y inclure des ordonnances. Toutefois, vu l'arrêt de cette Cour dans *British American Brewing Co. Ltd. c. Le Roi*, [1935] R.C.S. 568, je ne veux pas dire que la disposition interprétative de la *Loi sur la Cour suprême*, l'alinéa d) de l'art. 2 de cette loi, fournit un exemple du sens large dans lequel le terme «jugement» est fréquemment employé. Elle se lit comme suit:

2. d) «jugement», relativement à la cour dont appel est interjeté, comprend tout jugement, règle, ordre, ordonnance, décision, décret, arrêt ou sentence de cette cour, et, relativement à la Cour suprême, comprend tout jugement ou ordre de cette dernière Cour;

A mon avis, l'emploi dans le texte anglais de l'art. 31 de l'expression «*final or other judgment or determination*» indique l'intention du Parlement d'élargir davantage, plutôt que de restreindre, la portée de la disposition relative aux pourvois sur autorisation. Je dois faire remarquer que dans l'arrêt *Hill c. La Reine*¹⁸, cette Cour siégeant au complet a unanimement adopté l'interprétation large et absolue de la compétence de la Cour sur autorisation en vertu de l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême* et a explicitement contredit l'arrêt *Goldhar*¹⁹ et les autres arrêts au même effet restrictif de la compétence comme *Paul c. La Reine*²⁰ (voir les motifs du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Hill* à la p. 830).

¹⁸ [1977] 1 R.C.S. 827.

¹⁹ [1960] R.C.S. 60.

²⁰ [1960] R.C.S. 452.

In my view it is important for this Court in the discharge of its general duty of ultimate supervision over the application of the law throughout Canada, to avoid putting any important question of law beyond any possibility of review. While we ought studiously to avoid interfering with the exercise of judicial discretion by the courts of appeal in the granting of leave, we ought nevertheless to be alert to the necessity of intervening if need be in order to ensure that due process of law is nowhere ignored.

I would hold that the Court has jurisdiction and that the appeal should be heard.

Appeal quashed, PIGEON, BEETZ and PRATTE JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: George W. Alexandrowicz, Toronto.

Solicitor for the respondent: R. Tassé, Ottawa.

A mon avis, il importe que cette Cour dans l'exécution de son devoir général de surveillance en dernier ressort de l'application du droit à travers le Canada, évite de mettre aucune question de droit importante hors de portée de toute révision. Bien qu'il nous faille éviter soigneusement d'intervenir dans l'exercice de la discrétion judiciaire des cours d'appel à l'égard de l'autorisation d'appel, nous devons néanmoins être conscients de la nécessité d'intervenir au besoin pour garantir qu'en aucun cas l'application régulière de la loi n'est méconnue.

Je suis d'avis que la Cour a compétence et que le pourvoi doit être entendu.

Pourvoi annulé, les juges PIGEON, BEETZ et PRATTE étant dissidents.

Procureur de l'appelante: George W. Alexandrowicz, Toronto.

Procureur de l'intimé: R. Tassé, Ottawa.

Gulf Oil Canada Limited, formerly called the British American Oil Company Limited, and Servico Limited *Appellants*;

and

Roland Poulin *Respondent*.

1980: February 28; 1980: March 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Insurance — Motor vehicle insurance — First loss insurance — The Insurance Act, R.S.O. 1970, c. 224, ss. 215, 239(1).

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ allowing an appeal from a judgment of Van Camp J.² on a motion to determine a point of law. Appeal dismissed.

Brendan O'Brien, Q.C., for the appellants.

J. W. O'Brien, Q.C., for the respondent.

THE COURT—The submissions made on behalf of the appellants have not persuaded us that the Court of Appeal erred in reaching the result stated in its judgment. The appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: MacMillan, Rooke, Avery & Forbes, Toronto.

Solicitors for the respondent: Cassels, Brock, Toronto.

¹ (1978), 21 O.R. (2d) 49, *sub nom. Waller v. Gulf Oil Canada Ltd. et al.*

² (1977), 17 O.R. (2d) 408, *sub nom. Waller v. Gulf Oil Canada Ltd. et al.*

Gulf Oil Canada Limited, ci-devant British American Oil Company Limited, et Servico Limited *Appelantes*;

et

Roland Poulin *Intimé*.

1980: 28 février; 1980: 3 mars.

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

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

Assurance — Assurance automobile — Assurance au premier risque — The Insurance Act, R.S.O. 1970, chap. 224, art. 215, 239(1).

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ accueillant un appel d'un jugement du juge Van Camp² sur une requête en vue de faire trancher un point de droit. Pourvoi rejeté.

Brendan O'Brien, c.r., pour les appelantes.

J. W. O'Brien, c.r., pour l'intimé.

LA COUR—Les appelantes ne nous ont pas convaincus que la Cour d'appel a fait une erreur en arrivant à la conclusion énoncée dans son arrêt. Le pourvoi est rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes: MacMillan, Rooke, Avery & Forbes, Toronto

Procureurs de l'intimé: Cassels, Brock, Toronto.

¹ (1978), 21 O.R. (2d) 49, *sub nom. Waller v. Gulf Oil Canada Ltd. et al.*

² (1977), 17 O.R. (2d) 408, *sub nom. Waller v. Gulf Oil Canada Ltd. et al.*

The Great Atlantic and Pacific Tea Company Limited *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1979: February 20; 1979: November 20.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Taxation — Income tax — Income calculation — Transitional provisions — Allowable refund — Non-resident-owned corporation — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, as amended by 1970-71-72 (Can.), c. 63, ss. 133(6), 133(8)(a),(d), 133(9)(a),(b), 164(3), (4), (5).

The appellant, a corporation incorporated under the *Canada Corporations Act* and constituted as a corporation by Letters Patent of Amalgamation dated January 5, 1971, was at all material times a non-resident-owned investment corporation. The fiscal year in question (called "the straddle year") began on February 28, 1971 and ended on February 26, 1972. The appellant-taxpayer that year had taxable income of \$3,160,057.29 on which tax was exigible at the rate of 15 per cent producing a tax of \$474,008.59. Appellant claimed however that no tax was payable on an account of an "allowable refund in respect of taxable dividends paid during the year . . .". The Trial Division ordered that the Crown make a refund of the \$474,008.59 but this was reversed by a majority in the Federal Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

By subs. (6) of s. 133 as it applied in the 1972 taxation year the Minister was required to make refund to the taxpayer of "its allowable refund for the year". A corporation's allowable refund is defined by subs. (8)(a) and may be presented in the form of the equation:

$$\text{AR (Allowable refund)} = \frac{\text{ART (allowable refundable tax)}}{\text{CTI (the N.R.O's cumulative taxable income or D (dividend))}} \times \text{D}$$

The Great Atlantic and Pacific Tea Company Limited *Appelante*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1979: 20 février; 1979: 20 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Dispositions transitoires — Remboursement admissible — Corporation appartenant à des non-résidents — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, modifiée par 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 133(6), 133(8)a, d, 133(9)a, b, 164(3), (4), (5).

L'appelante, une compagnie constituée en corporation en vertu de la *Loi sur les corporations canadiennes* par lettres patentes de fusion en date du 5 janvier 1971, était à toutes les époques en cause une corporation de placement appartenant à des non-résidents. L'exercice financier en cause (appelé «l'année de chevauchement») a commencé le 28 février 1971 et s'est terminé le 26 février 1972. Au cours de cette année d'imposition, la contribuable-appelante a réalisé un revenu imposable de \$3,160,057.29 imposable à un taux de 15 pour cent, ce qui donne un impôt de \$474,008.59. L'appelante a cependant prétendu qu'aucun impôt n'était dû au titre d'un «remboursement admissible à l'égard des dividendes imposables payés dans l'année . . .». La Division de première instance a ordonné à Sa Majesté de rembourser les \$474,008.59, mais la Cour d'appel fédérale, à la majorité, a infirmé cette décision.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Le paragraphe 133(6) applicable pendant l'année d'imposition 1972 oblige le ministre à remettre au contribuable «le remboursement admissible pour l'année». L'alinéa (8)a définit le remboursement admissible d'une corporation qu'on peut représenter par cette équation:

$$\text{RA (remboursement admissible)} = \frac{\text{MAI (montant admissible de l'impôt en main remboursable)}}{\text{RIC (revenu imposable cumulatif de la corporation) ou D (dividende)}} \times \text{D}$$

The application of the formula required the determination of the ART and CTI of the appellant at the time in question *i.e.* immediately prior to the payment of the dividend on February 24, 1972.

As stated in the Federal Court of Appeal allowable refunds can only be claimed for a taxation year which ended before the dividends generating the right to the refund were paid. This would mean that in the straddle year the dividends paid in the 1972 taxation year could not apply because the taxable income for that year could not have been calculated until after February 26, 1972, a date after the dividends had been paid. An examination of subs. 9(a) and 9(b) indicates that subpara. (v) is an integral part of a statutory pattern. In such a situation it is not open to a Court to interpret the section as though the subclause did not exist simply because it leads to the hardship of deferral which is all in reality that the taxpayer here suffers.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹ allowing an appeal from a judgment of Collier J.², in an income tax appeal, ordering a refund of \$474,008.59 in respect of taxable dividends paid during the 1972 taxation year. Appeal dismissed.

J. A. F. Miller, Q.C., and *E. G. Nazzer*, for the appellant.

Wilfrid Lefebvre and *Pierre Barnard*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—The appellant seeks a refund of taxes paid by it as a non-resident-owned investment corporation as the term is defined in the *Income Tax Act* according to the transitional provisions of the *Income Tax Amendment Act* enacted with effect December 23, 1971 and being c. 63, *Statutes of Canada* 19-20-21 Eliz. II, which is herein referred to as the amending Act. The issue here arising is complicated and calls for an interpretation of certain provisions of the amending Act. In order to resolve these issues, it is necessary to outline the facts which I should say are not the subject of any dispute.

¹ [1978] 2 F.C. 90.

² [1976] 1 F.C. 272.

Pour appliquer cette formule, il est nécessaire de calculer le MAI et le RIC de l'appelante à l'époque en cause, c.-à-d. immédiatement avant le paiement du dividende le 24 février 1972.

Comme l'a dit la Cour d'appel fédérale, un remboursement admissible ne peut être réclamé que pour une année d'imposition terminée avant le versement des dividendes engendrant le droit au remboursement. Pour l'année de chevauchement, ce principe signifie que les dividendes versés pour l'année d'imposition 1972 ne peuvent avoir cet effet parce que le revenu imposable pour ladite année n'a pu être calculé qu'après le 26 février 1972, à une date postérieure au versement desdits dividendes. Un examen des al. (9)a) et (9)b) révèle que le sous-al. (v) fait partie intégrante de l'économie de la loi. En pareil cas, une cour ne peut interpréter la disposition comme si le sous-alinéa n'existait pas, simplement parce qu'en conséquence le contribuable souffre du report, le seul inconvénient en réalité.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹ accueillant un appel interjeté d'une décision du juge Collier², sur un appel en matière d'impôt sur le revenu, ordonnant un remboursement de \$474,008.59 à l'égard de dividendes imposables versés dans l'année d'imposition 1972. Pourvoi rejeté.

J. A. F. Miller, c.r., et *E. G. Nazzer*, pour l'appelante.

Wilfrid Lefebvre et *Pierre Barnard*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—L'appelante réclame le remboursement des impôts qu'elle a payés à titre de «corporation de placement appartenant à des non-résidents» au sens de cette expression dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* conformément aux dispositions transitoires de la *Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu* sanctionnée le 23 décembre 1971, le chap. 63 des *Statuts du Canada* 19-20-21 Eliz. II, ci-après la «loi modificatrice». La question qui se pose en l'espèce est complexe et exige l'interprétation de certaines dispositions de la loi modificatrice. Pour la solution de ces questions, il est nécessaire d'esquisser les faits qui, dois-je dire, ne sont pas contestés.

¹ [1978] 2 C.F. 90.

² [1976] 1 C.F. 272.

The appellant is a corporation incorporated under the *Canada Corporations Act* and constituted as a corporation by Letters Patent of Amalgamation dated January 5, 1971, but the parties agreed that nothing herein turns on its amalgamation origin. At all material times the appellant's status under the taxing statute was that of a non-resident-owned investment corporation, herein referred to as an NRO.

The fiscal year in question of the appellant corporation commenced on February 28, 1971 and ended on February 26, 1972. The appellant-taxpayer, in its 1972 taxation year, which ended February 26, 1972, had taxable income in the amount of \$3,160,057.29 on which tax was exigible at the rate of 15 per cent producing a tax of \$474,008.59. In its taxation return the appellant claimed, in the following terms, that no tax was payable:

| | |
|---|--------------|
| LESS: ALLOWABLE REFUND IN RESPECT OF TAXABLE DIVIDENDS PAID DURING THE YEAR BY THE COMPANY (See letter of April 27, 1972 from your Technical Interpretations Division to our auditors, attached) 15% of Taxable Dividends paid (15% of \$4,700,000) | \$705,000.00 |
| FEDERAL TAX PAYABLE | NIL |

Contingent upon the question of the amount of tax, if any, payable in respect of the taxation year 1972 is the question as to whether interest is payable on the unpaid tax, or conversely, whether the appellant can recover interest on the tax (\$474,008.59) and interest thereon (\$14,193.61) it has already paid.

Whether tax be exigible for these earnings in the appellant's 1972 taxation year turns upon the interpretation of s. 133 of the *Income Tax Act* as amended by Chapter 63, S.C. 1970-71-72 and certain other provisions of that statute. It is agreed that the appellant is classified under the *Income Tax Act* at the material time as a non-resident-

L'appelante est une compagnie constituée en corporation en vertu de la *Loi sur les corporations canadiennes* par lettres patentes de fusion en date du 5 janvier 1971, mais les parties ont convenu que son origine par fusion n'a aucun rapport avec le litige. A toutes les époques en cause, le statut de l'appelante au regard de la loi fiscale était celui d'une «corporation de placement appartenant à des non-résidents», ci-après une ANR.

L'exercice financier en cause de la compagnie appelante a commencé le 28 février 1971 et s'est terminé le 26 février 1972. Au cours de cette année d'imposition 1972, qui s'est terminée le 26 février 1972, la contribuable-appelante a réalisé un revenu imposable de \$3,160,057.29 imposable à un taux de 15 pour cent, ce qui donne un impôt de \$474,008.59. Dans sa déclaration d'impôt, l'appelante a prétendu, dans les termes suivants, qu'aucun impôt n'était dû:

[TRADUCTION]

| | |
|--|--------------|
| MOINS: REMBOURSEMENT ADMIS-SIBLE À L'ÉGARD DES DIVIDENDES IMPOSABLES PAYÉS DANS L'ANNÉE PAR LA COMPAGNIE (Voir lettre jointe en date du 27 avril 1972 de votre division des interprétations techniques à nos vérificateurs) 15% des dividendes imposables payés (15% de \$4,700,000) | \$705,000.00 |
| IMPÔT FÉDÉRAL DÛ | NÉANT |

De la question du montant de l'impôt dû, s'il en est, à l'égard de l'année d'imposition 1972, dépend la question de savoir si des intérêts sont dus sur l'impôt impayé ou, inversement, si l'appelante peut recouvrer des intérêts sur l'impôt (\$474,008.59) et les intérêts sur cette somme (\$14,193.61) qu'elle a déjà payés.

La question de savoir si ces gains réalisés durant l'année d'imposition 1972 de l'appelante sont imposables dépend de l'interprétation de l'art. 133 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, modifié par le chap. 63, S.C. 1970-71-72, et de certaines autres dispositions de cette loi. Il est reconnu qu'aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* l'appelante, pour

owned investment corporation. During the fiscal period noted above the appellant declared and paid the following dividends:

| <u>Amount of Taxable Dividend</u> | <u>Date Paid</u> | <u>Montant du dividende imposable</u> | <u>Payé le</u> |
|-----------------------------------|-------------------|---------------------------------------|---------------------------|
| \$ 750,000 | June 1, 1971 | \$ 750,000 | 1 ^{er} juin 1971 |
| \$2,000,000 | December 29, 1971 | \$2,000,000 | 29 décembre 1971 |
| \$1,950,000 | February 24, 1972 | \$1,950,000 | 24 février 1972 |

At the time these dividends were paid, the appellant withheld 15 per cent and remitted these taxes in the amount of \$705,000 to the respondent.

By the amending Act, extensive amendments were effected to the *Income Tax Act* of 1948, and while Chapter 63 is technically framed as "an Act to amend the *Income Tax Act* and to make certain provisions and alterations in the statute law related to or consequential upon the amendments to that Act", Chapter 63 is colloquially referred to as "the new Tax Act" (contrary to s. 8 of Chapter 63 which says in part: "'amended Act' means the *Income Tax Act* as amended by section 1"). This legislation was assented to on December 23, 1971, took effect January 1, 1972, and hence was not the income tax law in effect at the time of the declaration of dividends by the appellant in June and December of 1971. Section 9 of the *Income Tax Application Rules, 1971*, being Part XIII of the amended Act, provides: "Subject to the provisions of the amended Act and subject to this Part, section 1 of this Act applies to the 1972 and subsequent taxation years." Section 10 of those rules provides, however, that Part XIII of the amended Act, which includes provisions relating to NRO corporations, is applicable "to amounts paid or credited after 1971"; and but for the suspending effect of s. 10, the provisions relating to withholding taxes in the *Income Tax Act* prior to these amendments would have applied and further serious questions would have arisen. In any event, the respondent in its statement of defence, para. 5, has

l'époque en cause, fait partie de la catégorie des «corporations de placement appartenant à des non-résidents». Durant l'exercice financier noté précédemment, l'appelante a déclaré et payé les dividendes suivants:

A l'époque où ces dividendes ont été payés, l'appelante a retenu 15 pour cent et a remis ces impôts totalisant \$705,000 à l'intimée.

La loi modificatrice a apporté des modifications substantielles à la *Loi de l'impôt sur le revenu* de 1948, et, bien que le chap. 63 soit intitulé «Loi modifiant la *Loi de l'impôt sur le revenu*, effectuant certains changements et introduisant certaines dispositions dans la législation relatifs ou consécutifs aux modifications apportées à la présente loi», on l'appelle communément la «nouvelle Loi de l'impôt» (contrairement à l'art. 8 du chap. 63 qui établit, en partie, que: «loi modifiée» signifie la *Loi de l'impôt sur le revenu* modifiée par l'article 1»). Cette loi a été sanctionnée le 23 décembre 1971, est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1972, et en conséquence n'était pas la loi fiscale en vigueur à l'époque de la déclaration des dividendes par l'appelante en juin et décembre 1971. L'article 9 des *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu* qui constitue la Partie XIII de la loi modifiée, établit que: «Sous réserve des dispositions de la loi modifiée et sous réserve de la présente Partie, l'article 1 de la présente loi s'applique aux années d'imposition 1972 et suivantes.» L'article 10 de ces règles établit cependant que la Partie XIII de la loi modifiée, qui comprend des dispositions relatives aux «corporations de placement appartenant à des non-résidents», s'applique «aux sommes payées ou créditées après 1971»; et si ce n'était de l'effet suspensif de l'art. 10, les dispositions relatives à la retenue d'impôt de la *Loi de*

stated:

5. In the reasons hereinafter set forth, the Deputy Attorney General of Canada, in order to simplify the argumentation, will make reference only to the dividend of \$1,950,000.00 paid on 24 February, 1972, but similar reasons apply *mutatis mutandis* in respect of the dividend of \$750,000.00 paid on 1 June, 1971, and the dividend of \$2,000,000.00 paid on 29 December, 1971.

The appellant's eligibility for an allowable refund is therefore approached on the basis of the dividend of February 24, 1972 and the result with respect to that dividend will be applied to the other two dividends for the purpose of disposing of this appeal. Clearly withholding tax at the rate of 15 per cent was applicable to the February 1972 dividend and was collected and remitted by the appellant. Nothing appears on the record or in the submissions placed before this Court by the parties as to why withholding tax was paid by the NRO on dividends paid in June and December 1971 when s. 106(1)(a) of the then existing *Income Tax Act* exempted such dividends from withholding tax (unless paid out of non-NRO surplus). However, the appellant in its statement of claim makes no claim for the refund of this withholding tax, but rather concerns itself entirely with the NRO tax paid in August 1972 with respect to the 1972 taxation year. The statement of defence of the respondent places the issue for determination squarely on the basis of the February 1972 dividends and nothing filed in response by the appellant indicates any unwillingness to have the issue so determined, and I have done so.

Under the former Tax Act (that is the Act in effect prior to January 1, 1972), a non-resident-owned investment corporation paid income tax on its taxable income at the rate of 15 per cent, but dividends paid by it to its shareholders were exempted from withholding tax otherwise applicable to dividends paid to non-residents (see s. 106(1)(a) of the former Act), which tax was generally at the rate of 15 per cent; the only exception being dividends paid out of pre-NRO status surplus. The result was that a non-resident sharehold-

l'impôt sur le revenu antérieures à ces modifications se seraient appliquées et auraient soulevé d'autres questions importantes. Quoi qu'il en soit, l'intimée a déclaré au par. 5 de sa défense:

[TRADUCTION] 5. Le sous-procureur général du Canada, pour les motifs énoncés ci-après ne fera référence, afin de simplifier la discussion, qu'au dividende de \$1,950,000 payé le 24 février 1972, mais des motifs semblables s'appliquent *mutatis mutandis* à l'égard du dividende de \$750,000 payé le 1^{er} juin 1971 et au dividende de \$2,000,000 payé le 29 décembre 1971.

Le droit de l'appelante à un «remboursement admissible» est donc examiné par rapport au dividende du 24 février 1972 et la solution à cet égard sera utilisée pour disposer de ce pourvoi quant aux deux autres dividendes. La retenue de 15 pour cent était clairement applicable au dividende de février 1972 et a été perçue et remise par l'appelante. Rien au dossier ou dans les arguments soumis à la Cour par les parties n'indique pourquoi l'ANR a payé un impôt retenu à la source sur des dividendes payés en juin et décembre 1971 alors que l'al. 106(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* alors en vigueur les en exemptait (à moins qu'ils ne soient payés à même le surplus accumulé avant l'acquisition du statut d'ANR). L'appelante, cependant, ne réclame pas le remboursement de cette retenue d'impôt, mais s'intéresse plutôt uniquement à l'impôt ANR payé en août 1972 à l'égard de l'année d'imposition 1972. La défense de l'intimée a carrément fait reposer la question sur les dividendes de février 1972 et rien dans la réponse de l'appelante n'indique qu'elle soit réticente à voir la question tranchée sur cette base, et c'est ce que j'ai fait.

En vertu de l'ancienne Loi de l'impôt (c'est-à-dire la loi en vigueur avant le 1^{er} janvier 1972), une «corporation de placement appartenant à des non-résidents» payait de l'impôt sur son revenu imposable au taux de 15 pour cent, mais les dividendes qu'elle payait à ses actionnaires étaient exemptés de la retenue d'impôt à la source autrement applicable aux dividendes payés à des non-résidents (voir l'al. 106(1)a) de l'ancienne Loi), laquelle était habituellement de 15 pour cent; les dividendes payés à même un surplus accumulé avant

er received his return on his investment after it had been subjected to the same taxation as would have been the case had such non-resident shareholder held the interest in the underlying operating companies directly.

The new Tax Act introduced taxation of capital gains, and for this and other reasons, the mechanics by which non-resident-owned investment corporations' income was taxed were altered. The plan adopted in the new Tax Act in general terms provided for the continuation of the taxation of the income of an NRO at 15 per cent (in 1976 the rate was to increase to 25 per cent), and for the application of withholding tax on taxable dividends paid by the NRO at the rate of 15 per cent. However, the plan provided for the refund of the tax paid by the NRO on its taxable income upon the distribution of that income by way of taxable dividends to its shareholders. The overall result might be said to be comparable to that achieved under the former Tax Act except that the balancing payment by way of refund of tax remains inside the NRO and is subject to reprocessing if later distributed by way of dividend to the non-resident shareholder. If the plan includes, as is urged by the respondent, a delay of one year in the making of the tax refund, this then is a further distinction or disparity between the old and the new Act.

The new legislation provides the mechanics for refund in s. 133 (set out in full in Schedule 1) and the issue therefore to be resolved is whether s. 133 provides for a refund of the tax paid by the appellant-NRO in respect of the 1972 taxation year income by reason of the dividends declared and paid in the 1972 taxation year; or whether the refund of taxes paid by the NRO on its 1972 income is conditional upon the payment of further dividends after the close of the 1972 taxation year in such amount as the formula prescribed by s. 133.

The difficulty arises, of course, because the 1972 taxation year of the appellant straddles the introduction of the amended Act on January 1, 1972 (and the parties for brevity referred to the 1972

l'acquisition du statut d'ANR constituaient la seule exception. En conséquence, le rendement qu'un actionnaire non résidant touchait sur son investissement avait été imposé de la même façon que si cet actionnaire non résidant avait investi directement dans les compagnies sous-jacentes.

La nouvelle Loi de l'impôt a introduit l'imposition des gains en capital, et, pour cela et d'autres raisons, on a modifié la façon d'imposer les revenus des «corporations de placement appartenant à des non-résidents». En d'autres termes, le plan établi par la nouvelle Loi de l'impôt prévoyait que le revenu d'une ANR continuerait à être imposé au taux de 15 pour cent (en 1976 le taux devait passer à 25 pour cent), et qu'un impôt au taux de 15 pour cent serait retenu à la source sur les dividendes imposables payés par l'ANR. Le plan prévoyait cependant que l'impôt payé par l'ANR sur son revenu imposable lui serait remboursé au moment de la distribution de ce revenu à ses actionnaires sous forme de dividendes imposables. Le résultat global s'apparente à celui auquel arrivait l'ancienne Loi de l'impôt sauf que le paiement compensateur que représente le remboursement de l'impôt demeure à l'intérieur de l'ANR et est susceptible d'être reconsidéré s'il est distribué ultérieurement sous forme de dividende à un actionnaire non résidant. Si le plan prévoit, comme le prétend l'intimée, un délai de remboursement d'un an, il s'agit là d'une autre distinction ou différence entre l'ancienne et la nouvelle loi.

L'article 133 de la nouvelle loi (dont le texte complet se trouve à l'annexe 1) établit le mécanisme de remboursement, et la question qu'il faut trancher est de savoir si l'art. 133 prévoit le remboursement de l'impôt payé par l'appelante au titre de l'année d'imposition 1972 sur les dividendes déclarés et payés durant l'année d'imposition 1972 ou si le remboursement de l'impôt payé par l'ANR sur son revenu de 1972 dépend du paiement d'autres dividendes après la fin de l'année d'imposition 1972 dont le montant est déterminé par la formule que prescrit l'art. 133.

La difficulté résulte bien sûr du fait que l'année d'imposition 1972 de l'appelante chevauche l'entrée en vigueur de la loi modifiée le 1^{er} janvier 1972 (les parties par souci de brièveté ont fait

taxation year as the "straddle year"). The effects of the new Act reach back into 1971, in the case of the appellant, to February 28, 1971 being the commencement of the fiscal year which ended on February 26, 1972. Both the appellant and the respondent find in transitional provisions in s. 133 support for what each contends is the equitable taxation of taxpayers who find themselves in the special circumstances here prevailing. The appellant argues that a taxpayer with a straddle fiscal period is allowed a refund during the straddle year because in that taxation period the taxpayer did not know what the applicable law was at least until 10 months of the taxation year had been completed; and so s. 133(9) allows exceptional treatment during that period to avoid inequity. The respondent on the other hand points out that until the end of the taxation year 1972 the appellant could not calculate its taxable income for such taxation year and therefore could not calculate its cumulative taxable income (CTI) or its NRO taxation, or the allowable refundable tax (ART), and consequently could not calculate its allowable refund (AR); and furthermore, given the interpretation urged by the appellant, the taxpayer with a straddle year ending in 1972 would receive preferential treatment over a taxpayer having a 1972 taxation year coincidental with the calendar year. According to the respondent's line of reasoning, the result of the appellant's submission would be that the dividends paid during the 1972 taxation year would be reapplicable for refund of NRO taxation in the 1973 taxation year or subsequently, because s. 133(9) makes no provision for deduction of these dividends from the CTI.

Before turning to the detailed provisions of the Act, it should be pointed out that the parties to this appeal are in agreement as to the facts as summarized above; and furthermore, the parties are agreed that:

(a) nothing turns on the fact that the appellant was formed as a result of the amalgamation on January 5, 1971 of two companies;

référence à l'année d'imposition 1972 comme étant l'«année de chevauchement»). La nouvelle loi a un effet rétroactif à 1971 et plus précisément, dans le cas de l'appelante, jusqu'au 28 février 1971, jour où a commencé son exercice financier qui s'est terminé le 26 février 1972. L'appelante et l'intimée fondent toutes deux sur les dispositions transitoires de l'art. 133 leur interprétation de l'imposition équitable des contribuables qui se trouvent dans la situation particulière de l'espèce. L'appelante fait valoir qu'un contribuable dont l'année financière chevauche deux années d'imposition a droit à un remboursement pendant l'année de chevauchement parce que pendant cette période d'imposition le contribuable ignorait quel était le droit applicable avant que ne se soient écoulés au moins dix mois de l'année d'imposition; et qu'en conséquence le par. 133(9) accorde un traitement exceptionnel pendant cette période pour éviter une injustice. L'intimée quant à elle souligne que l'appelante ne pouvait calculer son revenu imposable pour l'année d'imposition 1972 avant la fin de celle-ci et qu'elle ne pouvait donc calculer son revenu imposable cumulatif (RIC) ou son impôt ANR, ou le montant admissible de l'impôt remboursable (MAI) et ne pouvait en conséquence calculer son «remboursement admissible» (RA); et de plus, selon l'interprétation avancée par l'appelante, un traitement préférentiel serait accordé au contribuable dont l'année de chevauchement se termine en 1972 par rapport à celui dont l'année d'imposition 1972 coïncide avec l'année civile. Selon le raisonnement de l'intimée, la prétention de l'appelante aurait pour effet que les dividendes payés durant l'année d'imposition 1972 pourraient de nouveau faire l'objet d'un remboursement d'impôt ANR durant l'année d'imposition 1973 ou subséquemment, le par. 133(9) ne contenant aucune disposition prévoyant la déduction du RIC de ces dividendes.

Avant d'examiner les dispositions de la Loi, il faut souligner que les parties au présent pourvoi s'entendent sur les faits résumés plus haut; de plus, les parties conviennent de ce qui suit:

a) il ne faut attacher aucune importance au fait que l'appelante est née de la fusion de deux compagnies le 5 janvier 1971;

(b) we are not here concerned with any question as to whether there is involved a surplus account which has its origins in a company that was not at all times classified as an NRO under the then applicable Tax Act;

(c) the appellant's cumulative taxable income determined under s. 133 includes the income for the 1972 taxation year, being \$3,160,057.29;

(d) the appellant's allowable refundable tax as determined under s. 133 includes the taxes paid on the appellant's 1972 taxation year income, being \$474,008.59;

(e) the application for the applicable refund was properly made in accordance with all applicable provisions of statute and regulation;

(f) nothing turns on the form of the claim as made in the Federal Court by the appellant as being either proceedings following a Notice of Objection under the *Income Tax Act* or an action in the Trial Division in the Federal Court of claiming a refund of moneys paid together with interest thereon; and that

(g) there are no capital gains included in any of the transactions here in question.

It is on this basis that we come now to the application of s. 133 of the amended *Income Tax Act* to the business of the appellant during its 1972 taxation year.

By subs. (6) of s. 133 the Minister is authorized, and indeed required, to make refund to the taxpayer of "its allowable refund for the year" and as has been noted, the parties are in agreement that the appellant has properly made application therefor. But a corporation's allowable refund is defined by subs. (8)(a) as being the taxable dividend paid by the NRO multiplied by a fraction, the numerator of which is the NRO's allowable refundable tax on hand (ART) immediately before the dividend was paid and the denominator of which is the greater of the amount of all such dividends and the NRO's cumulative taxable income (CTI) immediately before the dividend in question was paid. This equation may be represented in this form:

b) il n'y a pas à rechercher en l'espèce s'il y a un surplus venant d'une compagnie qui ne faisait pas partie à toutes les époques en cause de la catégorie des ANR en vertu de la Loi de l'impôt alors applicable;

c) le revenu imposable cumulatif de l'appelante calculé conformément à l'art. 133 comprend le revenu de l'année d'imposition 1972, soit \$3,160,057.29;

d) le montant admissible de l'impôt remboursable de l'appelante calculé conformément à l'art. 133 comprend l'impôt payé sur le revenu de son année d'imposition 1972, soit \$474,008.59;

e) la demande de remboursement était conforme aux dispositions applicables de la loi et des règlements;

f) il ne faut attacher aucune importance au fait que la demande présentée en Cour fédérale par l'appelante l'a été à titre soit de procédure subséquente à un avis d'opposition en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* soit d'action en Division de première instance visant à obtenir le remboursement des sommes payées avec intérêts sur celles-ci; et

g) les opérations en cause ne comportent aucun gain en capital.

C'est en tenant compte de ce qui précède que nous passons maintenant à l'application de l'art. 133 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, modifiée, à l'entreprise de l'appelante durant son année d'imposition 1972.

Le paragraphe 133(6) autorise le ministre, et l'oblige même, à remettre au contribuable «le remboursement admissible pour l'année», et, comme on l'a noté, les parties reconnaissent que l'appelante a présenté une demande en bonne et due forme à cet effet. Mais l'al. (8)a définit le «remboursement admissible d'une corporation» comme étant le dividende imposable payé par l'ANR multiplié par une fraction dont le numérateur est le montant admissible de l'impôt en main remboursable (MAI) immédiatement avant le paiement du dividende, et le dénominateur le plus élevé du total de tous ces dividendes ou du revenu imposable cumulatif de la corporation (RIC) immédiatement avant le paiement du dividende en question. On peut représenter cette équation ainsi:

$$AR = \frac{ART}{CTI \text{ or } D} \times D$$

The application of this formula thus requires the determination of the ART and the CTI of the appellant at the time in question, which time is, for our purposes, immediately prior to the payment of the dividend on February 24, 1972.

The quantities ART and CTI are respectively defined in subss. (9)(a) and (9)(b) of s. 133. Because the former incorporates by reference part of the latter it is convenient to discuss first the quantity CTI. Section 133(9)(b) provides as follows:

(b) "cumulative taxable income" of a corporation at any particular time means the amount, if any, by which the aggregate of

(i) its taxable incomes for taxation years commencing after 1971 and ending before the particular time, and

(ii) where the corporation's 1972 taxation year commenced before 1972, the amount, if any, by which its taxable income for that year exceeds the aggregate of

(A) all amounts received by the corporation as described in paragraph 196(4)(b), and

(B) the lesser of the amount determined under paragraph 196(4)(e) in respect of the corporation and the amount, if any, by which the aggregate of amounts determined under paragraphs 196(4)(d) to (f) in respect of the corporation exceeds the aggregate of amounts determined under paragraphs 196(4)(a) to (c) in respect of the corporation,

exceeds the aggregate of amounts each of which is

(iii) an amount in respect of the 1972 taxation year or any taxation year referred to in subparagraph (i), equal to the amount, if any, by which the aggregate of the corporation's taxable capital gains for the year from dispositions after 1971 of property described in paragraph (1)(c) exceeds the aggregate of

(A) its allowable capital losses for the year from dispositions after 1971 of property described in that paragraph and

(B) the amount deductible from its income for the year by virtue of paragraph (2)(c)

(such gains and losses being computed in accordance with the assumption set forth in paragraph (1)(d),

(iv) 4/3 of any amount paid or credited by the corporation, after the commencement of its 1972 taxation

$$RA = \frac{MAI}{RIC \text{ ou } D} \times D$$

Pour appliquer cette formule, il est donc nécessaire de calculer le MAI et le RIC de l'appelante à l'époque en cause, soit, en l'espèce, immédiatement avant le paiement du dividende le 24 février 1972.

Les alinéas 133(9)a) et b) définissent respectivement les montants MAI et RIC. Le premier incorporant par renvoi une partie du second, il est plus commode d'examiner d'abord le montant RIC. L'alinéa 133(9)b) établit ce qui suit:

b «revenu imposable cumulatif» d'une corporation, à une date donnée, signifie la fraction, si fraction il y a, du total obtenu en additionnant

(i) ses revenus imposables pour les années d'imposition commençant après 1971 et se terminant avant la date donnée, et

(ii) lorsque l'année d'imposition 1972 de la corporation a commencé avant 1972, la fraction, si fraction il y a, de son revenu imposable pour cette année, qui est en sus du total obtenu en additionnant

(A) toutes les sommes reçues par la corporation, qui sont visés à l'alinéa 196(4)b), et

(B) le moins élevé des deux montants suivants: le montant déterminé en vertu de l'alinéa 196(4)e) à l'égard de la corporation ou la fraction, si fraction il y a, du total des montants déterminés en vertu des alinéas 196(4)d) à f) à l'égard de la corporation, qui est en sus du total des montants déterminés en vertu des alinéas 196(4)a) à c) à l'égard de la corporation,

qui est en sus du total des montants dont chacun est

(iii) un montant afférent à l'année d'imposition 1972 ou à toute année d'imposition visée au sous-alinéa (i), égal à la fraction, si fraction il y a, du total des gains en capital imposables de la corporation, pour l'année, résultant de la disposition, après 1971, de biens visés à l'alinéa (1)c), qui est en sus du total

(A) de ses pertes en capital déductibles, pour l'année, résultant de la disposition, après 1971, de biens visés à cet alinéa, et

(B) du montant déductible de son revenu pour l'année, en vertu de l'alinéa 2(c)

(ces gains et ces pertes étant calculés conformément à l'hypothèse énoncée à l'alinéa 1(d)).

(iv) les 4/3 de tout montant payé ou crédité par la corporation, après le début de son année d'imposition

year and before the particular time, as, on account or in lieu of payment of, or in satisfaction of interest, or (v) the amount of any taxable dividend paid by the corporation on a share of its capital stock before the particular time and after the commencement of its first taxation year commencing after 1971.

The primary position taken by the respondent is that these quantities cannot be determined, and therefore the formula prescribed in subs. (8)(a) for the computation of allowable refund cannot be determined, until the close of the fiscal period in question, here the 1972 fiscal year, ending on February 26, 1972, two days after the declaration of the dividend in question. The Federal Court of Appeal adopted this submission and Urie J., speaking for himself in allowing the appeal of the now respondent, stated:

1) As stated earlier, one of the principles applicable to "allowable refunds" is that they can only be claimed for a taxation year which ended before the dividends generating the right to a refund were paid. In the straddle year this would mean, in the case of the Respondent, that the dividends paid in the 1972 taxation year could not apply because the taxable income for that year could not have been calculated until after February 26, 1972, a date after the dividends had been paid. Section 133(8)(a) clearly supports the view that the calculation envisaged by that section could be made only in respect of the cumulative taxable income of a corporation immediately before the dividend was paid.

Le Dain J., concurring in the result with Urie J., put it this way:

It was not necessary to repeat that the 1972 taxation year in such case must have ended before payment of the dividends in question; subparagraphs (ii) of paragraphs 133(9)(a) and (b) clearly refer to a taxation year that would necessarily have ended before the taxation years contemplated by subparagraphs (i) thereof. The terms of subsection 133(9) as a whole reinforce what is laid down as a general principle by subsection 133(8) in the definition of allowable refund: that the allowable refundable tax on hand must have been established before the dividends which give rise to the refund were paid. It could only be so established at the end of a taxation year. In the result, dividends paid in the course of a 1972 taxation year cannot give rise to allowable refund whether that year commenced before or after the

1972 et avant la date donnée, au titre ou en paiement intégral ou partiel d'intérêts, ou

(v) un montant afférent à tout dividende imposable payé par la corporation sur une action de son capital-actions, avant la date donnée et après le début de sa première année d'imposition commençant après 1971.

Le premier argument de l'intimée est que l'on ne peut établir ces montants, ni, par conséquent, la formule que prescrit l'al. (8)a) pour établir le «remboursement admissible», avant la fin de l'année financière en cause, en l'espèce celle de 1972, soit le 26 février 1972, deux jours après que le dividende en question a été déclaré. La Cour d'appel fédérale a accepté cet argument et le juge Urie, opinant pour son compte en accueillant l'appel de la présente intimée, a dit:

1) Comme je l'ai déjà mentionné, l'un des principes applicables au «remboursement admissible» est qu'il ne peut être réclamé que pour une année d'imposition terminée avant le versement des dividendes engendrant le droit au remboursement. Dans le cas de l'intimée, et pour l'année de chevauchement, ce principe signifie que les dividendes versés pour l'année d'imposition 1972 ne peuvent avoir cet effet parce que le revenu imposable pour ladite année n'a pu être calculé qu'après le 26 février 1972, à une date postérieure au versement desdits dividendes. L'alinéa 133(8)a) appuie incontestablement la théorie que le calcul y envisagé ne peut être effectué qu'à l'égard du revenu imposable cumulatif d'une corporation immédiatement avant le versement des dividendes.

Le juge Le Dain, souscrivant à la conclusion du juge Urie, s'est exprimé ainsi:

Il n'était pas nécessaire de répéter que, dans un tel cas, l'année d'imposition 1972 devait avoir pris fin avant le versement des dividendes en question: le sous-alinéa (ii) des alinéas 133(9)a) et b) renvoie évidemment à une année d'imposition nécessairement terminée avant que ne commencent les années d'imposition envisagées dans le sous-alinéa (i) de chacun de ces alinéas. Le libellé du paragraphe 133(9) dans son ensemble renforce le principe général énoncé dans le paragraphe 133(8) relativement à la définition du remboursement admissible: à savoir que le montant admissible de l'impôt en main remboursable doit avoir été établi avant le versement des dividendes qui donnent naissance au droit au remboursement. Et ledit montant ne peut être établi qu'à la fin de l'année d'imposition. En conclusion, les dividendes versés

end of 1971.

The appellant takes the position that the closing of the fiscal year is not required by the proper construction of subs. (b) because the transitional period, being the 1972 taxation year, is provided for in an encapsulated code by subs. (ii) in which it is not stipulated that the taxation year in question must have been completed prior to the declaration of a dividend upon which the taxpayer relies in making his claim for refund of NRO taxes paid. To resolve these contrary submissions, it is necessary to examine subs. (9)(b) in detail. The mechanics of the subsection require the addition of quantities (i) and (ii), from which aggregate is subtracted the total of quantities (iii), (iv) and (v). We are not here concerned with quantity (i) which deals with taxation years commencing after 1971, because it is agreed by the parties that in the accounts of the appellant there are, at the times here in issue, no taxation years which commenced after 1971.

This brings us to subs. (ii) where one finds the only reference in subs. (b) to the circumstance where the 1972 taxation year commenced prior to the calendar year 1972, or in the words adopted by the parties, is a "straddle year." It is said by the appellant that because subs. (ii) alone omits the reference "and ending before the particular time", the 1972 taxation year (unlike all other taxation years) need not be completed before the payment of the dividend in question. It is true that subs. (iv) and (v) clearly employ the term "before the particular time" as does subs. (i). The expression is not found in subs. (iii) but the calculation of the amount discussed in that subsection does not require the use of the expression.

Le Dain J. concludes that it was unnecessary to include the expression "before the particular time" in subs. (ii) because "It was not necessary to repeat that the 1972 taxation year in such case must have ended before payment of the dividends in question; subparagraphs (ii) of paragraphs 133(9)(a) and (b) clearly refer to a taxation year that would necessarily have ended before the taxation years contemplated by subparagraphs (i)

au cours de l'année d'imposition 1972 ne peuvent pas donner naissance à un remboursement admissible que ladite année commence avant ou après la fin de 1971.

L'appelante prétend qu'une interprétation juste de l'al. b) n'exige pas la fin de l'exercice financier parce que la période transitoire, soit l'année d'imposition 1972, est établie selon une formule prévue au sous-al. (ii) qui ne dit pas que l'année d'imposition en question doit être terminée avant la déclaration d'un dividende sur lequel le contribuable fonde sa réclamation de remboursement d'impôts ANR. Pour résoudre le problème que posent ces arguments contradictoires, il est nécessaire d'examiner en détail l'al. (9)b). Le mécanisme prévu à cet alinéa exige l'addition des montants (i) et (ii), du total desquels est soustrait le total des montants (iii), (iv) et (v). Le montant (i), relatif à des années d'imposition commençant après 1971, ne nous concerne pas en l'espèce, les parties convenant que les comptes de l'appelante aux époques en litige en l'espèce ne recourent aucune année d'imposition commençant après 1971.

Ceci nous amène au sous-al. (ii) où se trouve la seule référence dans l'al. b) à une situation où l'année d'imposition a commencé avant l'année civile 1972 ou, selon l'expression que les parties ont adoptée, constitue une «année de chevauchement». L'appelante prétend que le sous-al. (ii) étant le seul à omettre la mention «et se terminant avant la date donnée», l'année d'imposition 1972 (contrairement à toutes les autres années d'imposition) n'a pas à être terminée avant le paiement du dividende en question. Il est vrai que les sous-al. (iv) et (v) utilisent clairement l'expression «avant la date donnée» tout comme le sous-al. (i). L'expression ne se retrouve pas au sous-al. (iii) mais le calcul du montant dont traite ce sous-al. ne fait pas appel à cette notion.

Le juge Le Dain conclut qu'il n'était pas nécessaire d'inclure dans le sous-al. (iii) l'expression «avant la date donnée» parce que «Il n'était pas nécessaire de répéter que, dans un tel cas, l'année d'imposition 1972 devait avoir pris fin avant le versement des dividendes en question: le sous-alinéa (ii) des alinéas 133(9)a) et b) renvoie évidemment à une année d'imposition nécessairement terminée avant que ne commencent les années

thereof.” In those cases where, as in this case, the contest arises before the application of subs. (i) is relevant, it is not, in my view, helpful to interpret subpara. (ii) in the light of subpara. (i) because the chronological order has, for some reason, been reversed in both subss. (9)(a) and (b). In such cases, no consideration of subpara. (i) is required in determining the taxation position of the taxpayer under subpara. (ii). Similarly, Urie J. concludes that it was not necessary to repeat this phrase in subpara. (ii) because subpara. (ii) was not inserted in the Act to enable the calculation of allowable refund for a straddle year by itself, but rather as part of a formula established by subs. (8) of s. 133 to calculate generally the allowable refund of the corporation. His Lordship’s reasoning then continues: “That is, it was not necessary to specify that the taxable income be established before the particular time for the calculation under clause (ii) because the figure reached under it is merely part of the aggregate figure established by adding to it the calculation under clause (i) which does specify the termination date . . . ” While these observations are by no means irrelevant, they do not, in my view, conclude the question and we must look elsewhere to determine the significance or the consequence of the omission of the phrase from subs. (ii).

Taken by itself, subpara. (ii) would appear to be a specific provision directed to one problem and one problem only, namely the calculation of an amount with reference to the 1972 taxation year of an NRO when such year straddles the introduction of Chapter 63, which amount is to be taken into account in determining the CTI of that NRO for the purposes of subs. (8). It is trite law that in the field of taxation the taxpayer is not liable for payment of taxes unless the transaction in question is clearly caught within the tax net as established in the applicable statute and regulation. Where, for example, Parliament has omitted some operative term essential to the establishment of tax liability in the taxpayer, the courts have long applied the principle that the tax collector may not, in such circumstances, recover the taxes

d’imposition envisagées dans le sous-alinéa (i) de chacun de ces alinéas.» Dans les cas où, comme en l’espèce, le litige se situe avant que le sous-al. (i) n’entre en jeu, il est inutile, à mon avis, d’interpréter le sous-al. (ii) à la lumière du sous-al. (i) parce que l’ordre chronologique a, pour quelque raison, été renversé dans les al. (9)a) et (9)b). En pareil cas, il n’est pas nécessaire de tenir compte du sous-al. (ii) pour déterminer l’assujettissement du contribuable à l’impôt en vertu du sous-al. (ii). De même, le juge Urie conclut qu’il n’était pas nécessaire de répéter cette expression dans le sous-al. (ii), celui-ci n’ayant pas été inclus dans la Loi pour permettre le calcul du «remboursement admissible» pour une année de chevauchement en soi, mais plutôt comme élément d’une formule établie par le par. 133(8) pour le calcul général du «remboursement admissible de la corporation». Sa Seigneurie poursuit alors son raisonnement: «Ainsi, il n’était pas nécessaire, à mon avis, d’ajouter à ce sous-alinéa le membre de phrase «se terminant avant la date donnée» pour faire le calcul en vertu du sous-alinéa (ii) parce que le chiffre ainsi obtenu est seulement une partie du nombre total établi en additionnant à ce chiffre le résultat du calcul obtenu par application du sous-alinéa (i), lequel spécifie la date de terminaison . . . ». Bien que certainement pertinentes, ces remarques ne règlent pas, à mon avis, la question, et nous devons chercher ailleurs la signification ou la conséquence de l’omission de l’expression dans le sous-al. (ii).

Isolé du reste, le sous-al. (ii) paraît constituer une disposition spécifique qui ne s’adresse qu’à un seul problème, soit le calcul d’un montant à l’égard de l’année d’imposition 1972 d’une ANR lorsque cette année chevauche l’entrée en vigueur du chap. 63, montant dont on doit tenir compte dans le calcul du RIC de cette ANR aux fins du par. (8). Il est de droit élémentaire que dans le domaine de l’impôt, le contribuable n’est pas assujéti au paiement d’impôts à moins que l’opération en cause ne tombe clairement dans le champ d’imposition établi par la loi et les règlements applicables. Lorsque, par exemple, le Parlement a omis quelque expression essentielle à l’assujettissement du contribuable à l’impôt, les cours ont depuis longtemps appliqué le principe que le percepteur ne peut, en pareil cas, recouvrer les impôts réclamés. Il ne fait

claimed. No doubt this principle is rooted in the simple line of reasoning that Parliament, in determining the procedure for recovering the cost of government from the community, must have intended to recover from a particular taxpayer his share of that cost only where the taxing statute clearly defines that share. But that principle is not here of any application if on an examination of the whole of subpara. (b) one can discern a system for the determination of tax liability of a taxpayer in the position of the present appellant.

I proceed therefore to examine the balance of subs. (ii) and the other subclauses in further detail. Subparagraph (ii) provides the second quantity to be aggregated with subs. (i) in step 1 of the process by which CTI is determined. The amount to be determined under subs. (ii) may in paraphrase be calculated as follows:

The excess of the taxable income of the NRO in the straddle year over the total of:

(1) All dividends received by the NRO during that part of the calendar year 1971 included in the taxation year 1972, that is between February 26, 1971 and December 31, 1971

plus

(2) The lesser of

(a) all dividends paid by the NRO from and after February 26, 1971 to and including December 31, 1971;

and,

(b) the excess of

(i) tax-paid undistributed income of the NRO under the former Act in circumstances not here relevant;

and,

(ii) all dividends paid by the NRO during that part of the 1972 taxation year which falls into the calendar year 1971;

and,

(iii) any amounts on which the NRO has made certain elections under the new Act, not here applicable;

over the total of

aucun doute que ce principe se fonde sur le simple raisonnement que le Parlement, en établissant le mécanisme qui permet de recouvrer de la collectivité le coût du gouvernement, doit avoir eu l'intention de recouvrer d'un contribuable particulier sa part de ce coût seulement lorsque la loi fiscale définit clairement cette part. Mais ce principe ne s'applique pas en l'espèce si un examen de l'ensemble de l'al. b) révèle un système permettant d'établir l'assujettissement à l'impôt d'un contribuable qui se trouve dans la situation de l'appelante.

J'examinerai donc le reste du sous-al. (ii) et les autres clauses plus en détails. Le sous-alinéa (ii) établit le second montant qu'il faut additionner à celui calculé conformément au sous-al. (i) à l'étape 1 du processus de calcul du RIC. On peut paraphraser ainsi le calcul du montant établi conformément au sous-al. (ii):

L'excédent du revenu imposable de l'ANR dans l'année de chevauchement sur le total de:

(1) Tous les dividendes reçus par l'ANR pendant la partie de l'année civile 1971 qui est incluse dans l'année d'imposition 1972, c'est-à-dire du 26 février 1971 au 31 décembre 1971;

plus

(2) Le moins élevé des montants suivants:

a) tous les dividendes payés par l'ANR du 26 février 1971 au 31 décembre 1971 inclusivement;

et

b) l'excédent

(i) du revenu non réparti, libéré d'impôt, de l'ANR en vertu de l'ancienne Loi dans des circonstances qui ne sont pas pertinentes en l'espèce;

et

(ii) de tous les dividendes payés par l'ANR pendant la partie de l'année d'imposition 1972 qui tombe dans l'année civile 1971;

et

(iii) de tous montants à l'égard desquels l'ANR a fait certains choix en vertu de la nouvelle Loi, ce qui ne s'applique pas en l'espèce;

sur le total

(iv) undistributed income of the NRO arising under the former Act not here applicable;

and,

(v) all dividends received by the NRO during that part of the 1972 taxation year falling within the calendar year 1971;

and,

(vi) an amount which, for our purposes, is deemed to be 0.

This takes us to the next step wherein the amount produced under subpara. (ii) with reference to the straddle year and the amount produced under subpara. (i) with reference to subsequent taxation years (here inapplicable), are added together and the resulting total is then reduced by an amount equal to the total of the amounts prescribed in subparas. (iii), (iv) and (v). Subparagraphs (iii) and (iv) are concerned with capital gains and interest respectively, and are not herein relevant. Subparagraph (v) I come to in a moment. The amount resulting (if any) is the CTI for the NRO "at any particular time".

The same process is applied to s. 133(9)(a) in which subpara. (ii) incorporates by reference the computation procedure established in s. 133(9)(b)(ii) already examined here, modified only to the extent that para. (a) is dealing with the refund of tax already collected, whereas (b) is dealing with the income in respect of which tax is exigible. The result is the isolation of the ART (if any) of the NRO "at any particular time". This means, in our circumstances, that the procedure will be applied at the time of each dividend which is said to trigger a claim for "allowable refund" (AR) under subpara. (8)(a). Since both subparas. (9)(a) and (b) require the computation of CTI and ART "at any particular time", it follows that the accounting periods involved in these twin computations must be closed. Subparagraphs (i), (iv) and (v) make this abundantly clear by repeating the expression "particular time". The omission of the repetition of the phrase in subpara. (ii), applicable as it is to the straddle year only, does not of itself require an interpretation of the whole of s. (9)(a) and (b) which would make (ii) exceptional to the result achieved under the other subparagraphs.

(iv) du revenu non réparti de l'ANR en vertu de l'ancienne Loi, ce qui ne s'applique pas en l'espèce;

et

(v) de tous les dividendes reçus par l'ANR durant la partie de l'année d'imposition qui tombe dans l'année civile 1971;

et

(vi) d'un montant qui, en l'espèce, est réputé être 0.

Ceci nous amène à l'étape suivante où le montant calculé conformément au sous-al. (ii) à l'égard de l'année de chevauchement et celui établi conformément au sous-al. (i) à l'égard d'années d'imposition subséquentes (ce qui ne s'applique pas en l'espèce), sont additionnés et le total diminué d'un montant égal au total des montants prescrits aux sous-al. (iii), (iv) et (v). Les sous-alinéas (iii) et (iv) concernent respectivement les gains en capital et les intérêts et ne sont pas pertinents en l'espèce. J'aborderai le sous-al. (v) dans un instant. Le montant obtenu, s'il en est, est le RIC de l'ANR «à une date donnée».

Le même processus s'applique à l'al. 133(9)a) dont le sous-al. (ii) incorpore par renvoi la méthode de calcul établie au sous-al. 133(9)b)(ii) déjà examiné, modifiée dans la mesure seulement où l'al. a) traite du remboursement d'un impôt déjà payé, alors que l'al. b) traite du revenu assujéti à l'impôt. On isole ainsi le MAI (s'il en est) de l'ANR «à une date donnée». Ce qui signifie, dans les circonstances de l'espèce, que l'on applique cette méthode chaque fois qu'est déclaré un dividende qui peut faire l'objet d'une demande de «remboursement admissible» (RA) en vertu de l'al. (8)a). Comme les al. (9)a) et b) exigent tous deux le calcul du RIC et MAI «à une date donnée», les périodes comptables comprises dans ces calculs jumeaux doivent être terminées. La répétition de l'expression «date donnée» dans les sous-al. (i), (iv) et (v) le démontre clairement. Son omission dans le sous-al. (ii), qui ne s'applique qu'à l'année de chevauchement, ne commande pas en soi une interprétation de l'ensemble des al. (9)a) et b) qui ferait du sous-al. (ii) une exception au résultat obtenu en vertu des autres sous-alinéas. Elle ne commande pas non plus une interprétation qui

Nor does it require an interpretation which makes subpara. (ii) exceptional to the introductory language of both (9)(a) and (9)(b) which prescribes the rules for these computations "at any particular time". The introduction to each of subparas. (a) and (b), together with the practical requirement that the ascertainment of the various quantities going into the computations in these subparagraphs must be possible at the moment in question, lead me to conclude that the argument of the appellant with respect to subpara. (ii) must fail. We therefore are required to go on to other considerations.

I return to subpara. (v) which is common to both subs. (9)(a) and (b) with the variation noted above. This subparagraph provides for the reduction of the CTI by the amount of all dividends paid by the NRO after the straddle year. There is no provision for the deduction for dividends paid during the straddle year. The result is, therefore, that the CTI would continue to include the amount of a straddle year dividend at the time like computations are made in subsequent years. The ART similarly would continue to include that proportion of such dividends that would have been in the ART prior to their payment. Consequently, the formula for computing AR, involving as it does the procedures for computing CTI and ART, would in the future produce a second refund (on the payment of further taxable dividends by the NRO) unaffected by the AR paid out in the straddle year in respect of straddle year dividends, if the submission of the appellant on the meaning of s. 133(9) is correct.

As Justice Urie has pointed out in his reasons, such an interpretation would produce diametrically opposed results as between two NROs, one with a straddle year fiscal period and the other with a calendar year fiscal period for the taxation year 1972. The former would be allowed an immediate AR whereas the latter would be required to pay dividends subsequent to the 1972 taxation year in order to release the AR with reference to 1972 NRO taxes paid.

There are other lines of analysis leading to the same result. Subparagraph (ii)(B) of s. 133(9)(b)

ferait du sous-al. (ii) une exception aux termes introductifs des al. (9)a) et (9)b) qui prescrivent les règles de calcul «à une date donnée». Le début des al. a) et b) joint à l'exigence pratique qu'il soit possible à l'époque en cause de déterminer les divers montants requis par les calculs en vertu de ces alinéas m'amène à conclure que l'argument de l'appelante à l'égard du sous-al. (ii) doit échouer. Nous devons donc passer à d'autres considérations.

Je reviens au sous-al. (v) qui est commun aux al. (9)a) et b) sous réserve de la différence déjà notée. Ce sous-alinéa prévoit que le RIC est diminué du montant de tous les dividendes payés par l'ANR après l'année de chevauchement. Aucune disposition ne prévoyait la déduction des dividendes payés durant l'année de chevauchement. En conséquence, le RIC continuerait à inclure le montant d'un dividende d'une année de chevauchement à l'époque où des calculs semblables sont effectués dans des années subséquentes. De la même façon, le MAI continuerait à inclure la partie de ces dividendes qui aurait été incluse avant leur paiement. Donc, si l'on retient l'interprétation du par. 133(9) soumise par l'appelante, la formule de calcul du RA, qui comprend les méthodes de calcul du RIC et du MAI, produirait dans l'avenir un second remboursement (lors du paiement d'autres dividendes imposables par l'ANR) qui ne tiendrait pas compte du RA payé durant l'année de chevauchement à l'égard des dividendes de celle-ci.

Comme l'a souligné le juge Urie dans ses motifs, pareille interprétation produirait des résultats diamétralement opposés entre deux ANR, l'une dont l'exercice financier chevauche deux années d'imposition et l'autre dont l'exercice financier coïncide avec l'année civile et l'année d'imposition 1972. La première se verrait accorder un RA immédiatement alors que la seconde ne pourrait obtenir le RA à l'égard des impôts ANR payés en 1972 qu'en payant des dividendes subséquents à l'année d'imposition 1972.

D'autres méthodes d'analyse conduisent au même résultat. La clause 133(9)b)(ii)(B) établit

provides that in calculating the CTI for an NRO in order to apply for an AR, one must deduct from the taxable income of the NRO those dividends paid in that part of the straddle year included in the calendar year 1971. Thus, since these dividends form no part of the appellant's CTI, they form no part of the computation leading to an AR in respect of the 1972 NRO taxes paid by the appellant. As for the balance of dividends which were paid by the NRO in the straddle year, namely those dividends paid in that part of the straddle year included in the calendar year 1972, these dividends may not be deducted from the CTI because subpara. (v) limits such deductions to post-straddle year dividends, and hence an amount equal thereto remains in the CTI of the NRO, and thus is available in the future for AR when eligible dividends are paid. As mentioned earlier, this provision in (v) is required in this rather complex pattern in order to preclude two ARs in respect of the one taxable dividend paid out. Read otherwise, subpara. (v) would only prevent a triple AR with reference to the straddle year dividend. These comments apply equally to (v) of subs. (9)(a) where the deduction permitted in computing the ART is an amount equal to the NRO tax paid by the NRO on that part of its income equal to the dividends paid out in the taxation year after the straddle year, which formed part of its taxable income in the straddle year.

The appellant recognizes the serious gap in its argument created by the wording of subpara. (v). In its factum the following appears:

Clause (v) in subsection (9)(b), if read literally, does not include taxable dividends paid during the straddle year; likewise, clause (v) of subsection (9)(a), if read literally, does not include any amount in respect of taxable dividends paid during the straddle year. It follows, therefore, from a literal reading of clause (v) in these subsections that taxable dividends paid in the straddle year would not reduce CTI and that a refund of tax based on those dividends would not reduce ART so that an inference can be drawn from such a literal reading which is inconsistent with the basic, paramount intention of Parliament clearly established by clauses (i) and (ii) of these subsections

que dans le calcul du RIC d'une ANR aux fins de demander un RA, les dividendes payés dans la partie de l'année de chevauchement comprise dans l'année civile 1971 doivent être déduits du revenu imposable de l'ANR. Ainsi, ces dividendes ne faisant pas partie du RIC de l'appelante, ils ne font pas partie du calcul conduisant à un RA à l'égard des impôts ANR payés par l'appelante en 1972. Quant aux autres dividendes payés par l'ANR durant l'année de chevauchement, soit les dividendes payés durant la partie de l'année de chevauchement comprise dans l'année civile 1972, ils ne peuvent être déduits du RIC parce que le sous-al. (v) limite ces déductions à des dividendes postérieurs à l'année de chevauchement. Un montant équivalent reste ainsi dans le RIC de l'ANR, et est donc disponible dans l'avenir pour obtenir un RA lorsque des dividendes admissibles sont payés. Comme je l'ai déjà mentionné, cette disposition du sous-al. (v) est nécessaire dans ce plan plutôt complexe afin d'éviter deux RA à l'égard du paiement d'un même dividende imposable. Toute interprétation différente du sous-al. (v) n'empêcherait qu'un triple RA à l'égard du dividende de l'année de chevauchement. Ces remarques s'appliquent au sous-al. (9)a(v) où la déduction permise dans le calcul du MAI est un montant égal à l'impôt ANR payé par l'ANR sur la portion de son revenu égale aux dividendes payés dans l'année d'imposition consécutive à l'année de chevauchement, qui faisaient partie de son revenu imposable dans l'année de chevauchement.

L'appelante reconnaît la faille sérieuse que le texte du sous-al. (v) crée dans son argument. Dans son factum, on lit ce qui suit:

[TRADUCTION] Le sous-alinéa (9)b(v) n'inclut pas, au sens littéral, des dividendes imposables payés durant l'année de chevauchement; de la même façon, le sous-al. (9)a(v) n'inclut, au sens littéral, aucun montant au titre de dividendes imposables payés durant l'année de chevauchement. Il découle donc du sens littéral du sous-al. (v) de ces alinéas que des dividendes imposables payés durant l'année de chevauchement ne diminueraient pas le RIC et qu'un remboursement d'impôt fondé sur ces dividendes ne diminuerait pas le MAI. La déduction tirée de pareil sens littéral est incompatible avec l'intention fondamentale et primordiale du Parlement, clairement

that taxable dividends paid in the straddle year can give rise to a refund of tax.

It is submitted that this clause (v) in these subsections is clearly of a subordinate nature. Its purpose is simply to state a mere truism of a purely bookkeeping nature, viz. that if a taxpayer receives a refund of tax its ART will be reduced by the amount of that refund and if it pays a taxable dividend its CTI will be reduced by the amount of that dividend or, put in homely fashion, that if you pour something out of a bucket, you have that much less in the bucket.

This argument is more an expression of a hope than an interpretative submission. Where a clause is an integral part of a statutory pattern, as (v) is in subss. (9)(a) and (b), a court may not interpret the section as though the subclause did not exist simply because it leads to the hardship of deferral, which is all, in reality, that the taxpayer here suffers. For reasons to which I have already referred, clause (v) has indeed a functional purpose, a purpose which coincides with the literal interpretation mentioned by the appellant in the foregoing excerpt.

It may be said in further support of the appellant's position that construed in this fashion, s. 133 provides for a compulsory lending program by the taxpayer. In effect, the taxpayer loans to the tax collector the NRO taxes paid for a minimum of one year but, in any event, for a period not less than the period commencing with the payment of the NRO tax and ending with the payment of the taxable dividend after the close of the fiscal year in respect of which that NRO tax was paid. Even then, this lending program is conditional for its termination on the NRO earning income after the close of the fiscal year in respect of which it paid the 15 per cent tax now sought to be refunded. This second qualification may not occur if the NRO did not declare any dividends in the first year (here the straddle year) and hence carried forward a cash position to support the payment of dividends after the close of the straddle year. In spite of the fact that the section does not reveal the time lag as clearly as one would wish, s. 133 can

exprimée par les sous-al. (i) et (ii) de ces alinéas, que des dividendes imposables payés durant l'année de chevauchement peuvent donner lieu à un remboursement d'impôt.

Nous prétendons que le sous-al. (v) de ces alinéas est clairement de nature secondaire. Il a simplement pour objet d'énoncer un axiome de nature purement comptable, soit que le MAI d'un contribuable qui reçoit un remboursement d'impôt sera diminué du montant de ce remboursement et que s'il paie un dividende imposable son RIC sera diminué du montant de ce dividende, ou, en langage populaire, que si vous videz partie du contenu d'un seau, ce contenu en sera diminué d'autant.

Cet argument tient plus de l'expression d'un vœu que de l'interprétation. Lorsqu'une disposition fait partie intégrante de l'économie d'une loi, comme c'est le cas du sous-al. (v) des al. (9)a) et (9)b), une cour ne peut interpréter la disposition comme si le sous-alinéa n'existait pas, simplement parce qu'en conséquence le contribuable souffre du report, le seul inconvénient en réalité. Pour les motifs que j'ai déjà mentionnés, le sous-al. (v) a bien un objet pratique, qui coïncide avec l'interprétation littérale mentionnée par l'appelante dans l'extrait précité.

On peut avancer à l'appui de la position de l'appelante l'argument supplémentaire que, selon pareille interprétation, l'art. 133 établit un programme de prêt obligatoire par le contribuable. En réalité, le contribuable prête au percepteur l'impôt ANR payé pendant un minimum d'un an mais, de toute façon, pour une période qui ne peut être moindre que celle qui commence avec le paiement de l'impôt ANR et se termine avec le paiement du dividende imposable après la fin de l'exercice financier à l'égard duquel cet impôt ANR a été payé. Même dans ce cas, ce programme de prêt ne prend fin que si l'ANR réalise un revenu une fois terminé l'exercice financier pour lequel elle a payé l'impôt de 15 pour cent dont elle demande maintenant le remboursement. Cela peut ne pas se produire si l'ANR n'a déclaré aucun dividende dans la première année (en l'espèce l'année de chevauchement) et en conséquence a maintenu une position de trésorerie lui permettant de payer des dividendes après la fin de l'année de chevauchement. Bien

only be interpreted as prescribing a program which has this result.

Furthermore, it cannot be said that s. 133 creates a situation completely parallel to that of the 1971 Tax Act in respect of the avoidance of double taxation of income passing through an NRO. This is so because the refund, if and when recovered, is paid back into the NRO and hence must be reprocessed through the dividend channel and subjected to the hazards of the formula imposed by s. 133 and the hazards of commerce which produce the cash flow to support the future dividends. Be that as it may, it may well be that the draftsman, given the task of including the taxation of capital gains for the first time in the NRO taxation program, as well as other complications such as non-NRO accumulated surplus, may have found it necessary to adopt a plan with these delay characteristics in order to avoid other inequities. In any case, the task of this Court is but to construe the statute and to apply it to the facts which are here agreed upon.

For these reasons, I conclude that a proper interpretation of s. 133 requires the rejection of the appeal. By reason of this disposition, it is not necessary to deal with the other issues relating to interest. I would therefore dismiss the appeal with costs.

SCHEDULE I

133. (1) In computing the income of a non-resident-owned investment corporation for a taxation year,

(a) no deduction may be made in respect of interest on its bonds debentures, securities or other indebtedness, and

(b) no deduction may be made under subsection 65(1),

and its income and taxable income shall be computed as if

(c) the only taxable capital gains and allowable capital losses referred to in paragraph 3(b) were taxable capital gains and allowable capital losses from dispositions of taxable Canadian property or property that

que l'article n'indique pas le délai aussi clairement qu'on pourrait le souhaiter, la seule interprétation possible de l'art. 133 est qu'il prescrit un programme ayant ce résultat.

De plus, on ne peut dire que l'art. 133 crée une situation parfaitement assimilable à celle qui existait sous la Loi de l'impôt de 1971 pour éviter la double imposition du revenu qui passe par une ANR. C'est que le remboursement, s'il est recouvré et une fois qu'il l'a été, retourne dans l'ANR et doit en conséquence être réintroduit dans le circuit des dividendes où il est exposé aux aléas de la formule prescrite par l'art. 133 et aux aléas du commerce qui génère les bénéfices disponibles pour le paiement de dividendes futurs. Quoi qu'il en soit, il se peut fort bien que le rédacteur à qui on avait confié la tâche d'inclure pour la première fois l'imposition des gains en capital dans le programme d'imposition des ANR, ainsi que d'autres éléments complexes comme le surplus accumulé avant l'acquisition du statut d'ANR, ait pu estimer nécessaire d'adopter un plan assorti de ces délais afin d'éviter d'autres injustices. De toute façon, cette Cour ne peut qu'interpréter la loi et l'appliquer aux faits reconnus en l'espèce.

Pour ces motifs, je conclus qu'une interprétation correcte de l'art. 133 conduit au rejet du pourvoi. Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire de traiter des autres questions relatives aux intérêts. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

ANNEXE I

133. (1) Lors du calcul du revenu, pour une année d'imposition, d'une corporation de placement appartenant à des non-résidents,

a) aucune déduction ne peut être faite au titre des intérêts qu'elle a versés sur ses obligations, ses titres ou autres dettes, et

b) aucune déduction ne peut être faite en vertu du paragraphe 65(1),

et son revenu ainsi que le revenu imposable doivent être calculés comme si

c) seuls les gains en capital imposables et les pertes en capital déductibles visés à l'alinéa 3b) constituaient des gains en capital imposables et des pertes en capital déductibles provenant de la disposition de biens impo-

would be taxable Canadian property if at no time in the year the corporation had been resident in Canada.

(d) any taxable capital gains or allowable capital loss of the corporation were an amount equal to 2 times the amount thereof otherwise determined, and

(e) subsection 83(2) were read without reference to paragraph (b) thereof.

(2) In computing the taxable income of a non-resident-owned investment corporation for a taxation year, no deduction may be made from its income for the year, except

(a) interest received in the year from other non-resident-owned investment corporations,

(b) taxes paid to the government of a country other than Canada in respect of any part of the income of the corporation for the year derived from sources therein, and

(c) net capital losses for taxation years preceding and the taxation year immediately following the taxation year, as provided for by section 111.

(3) The tax payable under this Part by a corporation for a taxation year when it was a non-resident-owned investment corporation is an amount equal to 25% of its taxable income for the year.

(4) No deduction from the tax payable under this Part by a non-resident-owned investment corporation may be made under section 124 or in respect of taxes paid to the government of a country other than Canada.

(5) For the purposes of this Act,

(a) in computing the 1971 undistributed income on hand of a non-resident-owned investment corporation at any time, there shall be deducted the amount, if any, by which

(i) the corporation's 1971 undistributed income on hand at that time otherwise determined

exceeds

(ii) the corporation's surplus, determined in prescribed manner at the end of its 1971 taxation year, for taxation years ending before 1972 for which it was not taxable under section 70 of this Act as it read in its application to the 1971 taxation year; and

sables canadiens ou de biens qui auraient été des biens imposables canadiens si la corporation n'avait jamais résidé au Canada dans l'année.

d) tout gain en capital imposable ou toute perte en capital déductible de la corporation représentait un montant égal à 2 fois le montant de ce gain ou de cette perte, déterminé par ailleurs, et comme si

e) l'alinéa b) du paragraphe 83(2) n'existait pas.

(2) Lors du calcul du revenu imposable, pour une année d'imposition, d'une corporation de placement appartenant à des non-résidents, aucune déduction ne peut être faite de son revenu de l'année, à l'exception

a) des intérêts qu'elle a reçus dans l'année d'autres corporations de placement appartenant à des non-résidents,

b) des impôts qu'elle a payés au gouvernement d'un autre pays que le Canada sur toute partie de son revenu qu'elle a tirée pour l'année de sources situées dans ce pays-là, et

c) des pertes en capital nettes subies au cours des années d'imposition qui précèdent et de l'année d'imposition qui suit l'année d'imposition, comme il est prévu à l'article 111.

(3) L'impôt payable en vertu de la présente Partie par une corporation pour une année d'imposition au cours de laquelle elle était une corporation de placement, appartenant à des non-résidents, est égal à 25% de son revenu imposable de l'année.

(4) Aucune déduction ne peut être faite de l'impôt payable en vertu de la présente Partie par une corporation de placement appartenant à des non-résidents, en vertu de l'article 124 ou au titre d'impôts payés au gouvernement d'un autre pays que le Canada.

(5) Aux fins de la présente loi,

a) lors du calcul du revenu en main non réparti, en 1971, d'une corporation de placement appartenant à des non-résidents à une date quelconque, il faut déduire la fraction, si fraction il y a,

(i) du revenu en main, non réparti de la corporation, en 1971, à cette date, déterminé par ailleurs,

qui est en sus

(ii) du surplus de la corporation, déterminé dans la forme prescrite à la fin de son année d'imposition 1971, relativement aux années d'imposition se terminant avant 1972, surplus qui n'était pas imposable en vertu de l'article 70 de la présente loi comme il était interprété dans son application à l'année d'imposition 1971; et

(b) in computing the 1971 capital surplus on hand of a non-resident-owned investment corporation at any time, there shall be added to the amount thereof otherwise determined the amount of the excess described in paragraph (a).

(6) If the return of a non-resident-owned investment corporation's income for a taxation year has been made within 4 years from the end of the year the Minister

(a) may, upon mailing the notice of assessment for the year, refund, without application therefor, its allowable refund for the year; and

(b) shall make such a refund after mailing the notice of assessment if application therefor has been made in writing by the corporation within 4 years from the end of the year.

(7) Instead of making a refund that might otherwise be made under subsection (6), the Minister may, where the taxpayer is liable or about to become liable to make any payment under this Act, apply the amount that would otherwise be refunded to that other liability and notify the taxpayer of that action.

(7.1) Where at any particular time after 1971 a dividend has become payable by a non-resident-owned investment corporation to shareholders of any class of shares of its capital stock, if the corporation so elects in respect of the full amount of the dividend, in prescribed manner and prescribed form and at or before the particular time or the first day on which any part of the dividend was paid if that day is earlier than the particular time, the following rules apply:

(a) the dividend shall be deemed to be a capital gains dividend to the extent that the portion thereof in excess of the corporation's 1971 undistributed income on hand immediately before the particular time does not exceed the corporation's capital gains dividend account immediately before the particular time; and

(b) any amount received by another non-resident-owned investment corporation in a taxation year as, on account or in lieu of payment of, or in satisfaction of the capital gains dividend shall not be included in computing its income for the year.

(8) In this section

(a) "allowable refund" of a non-resident-owned investment corporation for a taxation year means the aggregate of amounts each of which is an amount in

b) dans le calcul du surplus de capital en main, en 1971, d'une corporation de placement appartenant à des non-résidents, à une date quelconque, il faut ajouter au montant de ce surplus déterminé par ailleurs, le montant de l'excédent visé à l'alinéa a)

(6) Si une corporation de placement appartenant à des non-résidents a fait sa déclaration de revenu pour une année d'imposition dans les 4 ans de la fin de l'année, le Ministre

a) peut, lors de l'envoi par la poste de l'avis de cotisation pour l'année, effectuer, sans que demande en soit faite, le remboursement admissible pour l'année; et

b) doit effectuer un tel remboursement après avoir envoyé par la poste l'avis de cotisation, si demande en a été faite par écrit par la corporation, dans les 4 ans de la fin de l'année.

(7) Au lieu d'effectuer le remboursement qui pourrait autrement être fait en vertu du paragraphe (6), le Ministre peut, lorsque le contribuable est tenu de faire un paiement en vertu de la présente loi, ou est sur le point de l'être, imputer sur cette autre obligation la somme qui serait par ailleurs remboursable et en avertir le contribuable.

(7.1) Lorsque, à une date donnée après 1971, une corporation de placement appartenant à des non-résidents doit payer un dividende aux détenteurs d'actions de toute catégorie d'actions de son capital-actions et si la corporation opte ainsi relativement au montant total du dividende, de la manière et dans la forme prescrites et, au plus tard, à la date donnée ou le premier jour du paiement de toute partie du dividende, si ce jour est antérieur à la date donnée, les règles suivantes s'appliquent:

a) le dividende est réputé être un dividende sur les gains en capital dans la mesure où la partie de ce dividende qui est en sus du revenu en main, non réparti, de la corporation en 1971, immédiatement avant la date donnée, ne dépasse pas le compte de dividendes sur les gains en capital de la corporation, immédiatement avant la date donnée; et

b) aucune somme reçue, au cours d'une année d'imposition, par une autre corporation de placement appartenant à des non-résidents, au titre ou en paiement intégral ou partiel du dividende sur les gains en capital, ne doit être incluse dans le calcul de son revenu pour l'année.

(8) Dans le présent article

a) «remboursement admissible», pour une année d'imposition, d'une corporation de placement appartenant à des non-résidents, signifie le total des sommes dont

respect of a taxable dividend paid by the corporation in the year on a share of its capital stock, equal to that proportion of the dividend that

- (i) the corporation's allowable refundable tax on hand immediately before the dividend was paid

is of

- (ii) the greater of the amount of the dividend so paid and the corporation's cumulative taxable income immediately before the dividend was paid;

(b) "Canadian property" means property other than foreign property within the meaning assigned by section 206;

(c) "capital gains dividend account" of a non-resident-owned investment corporation at any particular time means the amount, if any, by which the aggregate of the following amounts in respect of the period commencing January 1, 1972 and ending immediately after its last taxation year ending before the particular time, namely:

- (i) the corporation's capital gains for taxation years ending in the period from dispositions in the period of Canadian property or shares of another non-resident-owned investment corporation, and

- (ii) amounts received by the corporation in the period as, on account or in lieu of payment of, or in satisfaction of capital gains dividends from other non-resident-owned investment corporations,

exceeds the aggregate of

- (iii) the corporation's capital losses for taxation years ending in the period from dispositions in the period of Canadian property or shares of another non-resident-owned investment corporation,

- (iv) 25% of the amount, if any, by which the aggregate of the corporation's capital gains for taxation years ending in the period from dispositions in the period of taxable Canadian property or property that would be taxable Canadian property if at no time in the period the corporation had been resident in Canada, exceeds the aggregate of its capital losses for those years from dispositions in the period of such property, and

chacune se rapporte à un dividende imposable payé dans l'année par la corporation sur une action de son capital-actions, égal à la fraction du dividende représentée par le rapport existant entre

- (i) le montant admissible de l'impôt en main remboursable de la corporation, immédiatement avant le paiement du dividende,

et

- (ii) le plus élevé des deux montants suivants: le dividende ainsi payé ou le revenu cumulatif imposable de la corporation, immédiatement avant le paiement du dividende;

b) «biens canadiens» signifie des biens autres que des biens étrangers, au sens que donne à cette expression l'article 206;

c) «compte de dividendes sur les gains en capital» d'une corporation de placement appartenant à des non-résidents, à une date donnée, signifie la fraction, si fraction il y a, du total des sommes suivantes relatives à la période commençant le 1^{er} janvier 1972 et se terminant immédiatement après la dernière année d'imposition de la corporation s'achevant avant la date donnée, à savoir:

- (i) les gains en capital de la corporation, pour des années d'imposition se terminant dans la période, provenant de la disposition, au cours de la période, de biens canadiens ou d'actions d'une autre corporation de placement appartenant à des non-résidents, et

- (ii) les sommes que la corporation a reçues, au cours de la période, d'autres corporations de placement appartenant à des non-résidents, au titre ou en paiement intégral ou partiel de dividendes sur les gains en capital,

qui est en sus du total formé

- (iii) des pertes en capital de la corporation, pour des années d'imposition se terminant dans la période, provenant de la disposition, au cours de la période, de biens canadiens ou d'actions d'une autre corporation de placement appartenant à des non-résidents,

- (iv) de 25% de la fraction, si fraction il y a, du total des gains en capital de la corporation, pour des années d'imposition se terminant dans la période, provenant de la disposition, au cours de la période, de biens imposables canadiens ou de biens qui auraient été des biens imposables canadiens si la corporation n'avait jamais résidé au Canada au cours de la période, qui est en sus du total de ses pertes en capital pour ces années, provenant de la disposition de ces biens, et

(v) all capital gains dividends that became payable by the corporation before the particular time;

(d) "non-resident-owned investment corporation" means a corporation incorporated in Canada that, throughout the whole of the period commencing on the later of June 18, 1971 and the day on which it was incorporated and ending on the last day of the taxation year in respect of which the expression is being applied, complied with the following conditions:

(i) all of its issued shares and all of its bonds, debentures and other funded indebtedness were

(A) beneficially owned by non-resident persons (other than any foreign affiliate of a taxpayer resident in Canada),

(B) owned by trustees for the benefit of non-resident persons or their unborn issue, or

(C) owned by a non-resident-owned investment corporation, all of the issued shares of which and all of the bonds, debentures and other funded indebtedness of which were beneficially owned by non-resident persons or owned by trustees for the benefit of non-resident persons or their unborn issue, or by two or more such corporations;

(ii) its income for each taxation year ending in the period was derived from

(A) ownership of or trading or dealing in bonds, shares, debentures, mortgages, hypothecs, bills, notes or other similar property or any interest therein,

(B) lending money with or without security,

(C) rents, hire of chattels, charterparty fees or remunerations, annuities, royalties, interest or dividends,

(D) estates or trusts, or

(E) disposition of capital property;

(iii) not more than 10% of its gross revenue for each taxation year ending in the period was derived from rents, hire of chattels, charterparty fees or charterparty remunerations;

(iv) its principal business in each taxation year ending in the period was not

(v) de tous les dividendes sur les gains en capital que la corporation doit payer avant la date donnée;

d) «corporation de placement appartenant à des non-résidents» signifie une corporation constituée au Canada qui, pendant la totalité de la période commençant le 18 juin 1971 ou à la date de sa constitution, la plus récente de ces dates étant à retenir, et se terminant le dernier jour de l'année d'imposition relativement à laquelle l'expression est utilisée, a rempli les conditions suivantes:

(i) toutes ses actions émises, toutes ses obligations et autres dettes consolidées

(A) étaient *beneficially owned* par des non-résidents ou assujetties à un droit de jouissance appartenant à des non-résidents (autres qu'une corporation étrangère affiliée d'un contribuable résidant au Canada),

(B) appartenaient à des fiduciaires qui les détenaient au profit de personnes non résidentes ou des enfants à naître de celles-ci, ou

(C) étaient la propriété d'une corporation de placement appartenant à des non-résidents et dont toutes les actions émises ainsi que toutes les obligations et autres dettes consolidées étaient *beneficially owned* par des non-résidents ou assujetties à un droit de jouissance appartenant à des non-résidents ou appartenaient à des fiduciaires qui les détenaient au profit de personnes non résidentes ou des enfants à naître de celles-ci, ou étaient la propriété de deux ou plusieurs corporations de ce genre;

(ii) son revenu pour chaque année d'imposition se terminant dans la période, a été tiré

(A) de la propriété ou du commerce, d'obligations, d'actions, de *mortgages*, d'hypothèques, d'effets, de billets ou d'autres biens semblables ou de tout droit s'y rapportant,

(B) du prêt d'argent, avec ou sans garantie,

(C) de loyers, de la location de meubles, de frais ou rémunérations sur chartes-parties, de rentes, de redevances, d'intérêts ou de dividendes,

(D) de successions ou de fiducies, ou

(E) de la disposition de biens en immobilisations;

(iii) au plus 10% de son revenu brut de chaque année d'imposition se terminant dans la période ont été tirés de loyers, de la location de meubles, de frais ou rémunérations sur chartes-parties;

(iv) son entreprise principale au cours de chaque année d'imposition se terminant dans la période ne consistait pas

(A) the making of loans, or

(B) trading or dealing in bonds, shares, debentures, mortgages, hypothecs, bills, notes or other similar property or any interest therein;

(v) it has, not later than 90 days after the commencement of its first taxation year commencing after 1971 elected in prescribed manner to be taxed under this section; and

(vi) it has not, before the end of the last taxation year in the period, revoked in prescribed manner the election so made by it;

except that in no case shall a new corporation (within the meaning assigned by section 87) formed as a result of an amalgamation after June 18, 1971 of two or more predecessor corporations be regarded as a non-resident-owned investment corporation unless each of the predecessor corporations was, immediately before the amalgamation, a non-resident-owned investment corporation; and

(e) "taxable dividend" does not include a capital gains dividend.

(9) In paragraph (8)(a),

(a) "allowable refundable tax on hand" of a corporation at any particular time means the amount, if any, by which the aggregate of

(i) all amounts each of which is an amount in respect of any taxation year commencing after 1971 and ending before the particular time, equal to the tax under this Part payable by the corporation for the year, and

(ii) 15% of the amount determined under subparagraph (b)(ii) in respect of the corporation

exceeds the aggregate of amounts each of which is

(iii) an amount in respect of the 1972 taxation year or any taxation year referred to in subparagraph (i), equal to 25% of the amount, if any, by which the aggregate of the corporation's taxable capital gains for the year from dispositions after 1971 of property described in paragraph (1)(c) exceeds the aggregate of

(A) its allowable capital losses for the year from dispositions after 1971 of property described in that paragraph, and

(B) the amount deductible from its income for the year by virtue of paragraph (2)(c)

(A) à prêter de l'argent, ou

(B) à faire le commerce d'obligations, d'actions, de *mortgages*, d'hypothèques, d'effets, de billets ou d'autres biens semblables ou de tout droit s'y rapportant;

(v) elle a choisi, de la manière prescrite et au plus 90 jours après le début de sa première année d'imposition commençant après 1971 d'être imposée en vertu du présent article; et

(vi) elle n'a pas révoqué le choix qu'elle a ainsi fait, de la manière prescrite, avant la fin de la dernière année d'imposition de la période;

sauf que, en aucun cas, une nouvelle corporation (au sens que lui donne l'article 87) formée à la suite d'une fusion, après le 18 juin 1971, de deux ou plusieurs corporations remplacées, n'est considérée comme une corporation de placement appartenant à des non-résidents, à moins que chacune des corporations remplacées n'ait été, immédiatement avant la fusion, une corporation de placement appartenant à des non-résidents; et

e) «dividende imposable» ne comprend pas un dividende sur les biens en capital.

(9) Dans l'alinéa (8)a),

a) «montant admissible de l'impôt en main remboursable» d'une corporation à une date donnée signifie la fraction, si fraction il y a, du total obtenu en additionnant

(i) tous les montants dont chacun se rapporte à une année d'imposition quelconque commençant après 1971 et se terminant avant la date donnée, égal à l'impôt payable par la corporation, pour l'année, en vertu de la présente Partie, et

(ii) 15% du montant déterminé en vertu du sous-alinéa b)(ii) à l'égard de la corporation

qui est en sus du total des montants dont chacun est

(iii) un montant afférent à l'année d'imposition 1972 ou à toute année d'imposition visée au sous-alinéa (i), égal à 25% de la fraction, si fraction il y a, du total des gains en capital imposables de la corporation, pour l'année, tirés de la disposition après 1971 de biens visés à l'alinéa (1)c), qui est en sus du total

(A) de ses pertes en capital déductibles, pour l'année, résultant de la disposition après 1971 de biens visés à cet alinéa, et

(B) du montant déductible de son revenu pour l'année, en vertu de l'alinéa (2)c)

(such gains and losses being computed in accordance with the assumption set forth in paragraph (1)(d),

(iv) 1/3 of any amount paid or credited by the corporation after the commencement of its 1972 taxation year and before the particular time, as, on account or in lieu of payment of, or in satisfaction of interest, or

(v) an amount in respect of any taxable dividend paid by the corporation on a share of its capital stock before the particular time and after the commencement of its first taxation year commencing after 1971, equal to the amount in respect of the dividend determined under paragraph (8)(a); and

(b) "cumulative taxable income" of a corporation at any particular time means the amount, if any, by which the aggregate of

(i) its taxable incomes for taxation years commencing after 1971 and ending before the particular time, and

(ii) where the corporation's 1972 taxation year commenced before 1972, the amount, if any, by which its taxable income for that year exceeds the aggregate of

(A) all amounts received by the corporation as described in paragraph 196(4)(b), and

(B) the lesser of the amount determined under paragraph 196(4)(c) in respect of the corporation and the amount, if any, by which the aggregate of amounts determined under paragraphs 196(4)(d) to (f) in respect of the corporation exceeds the aggregate of amounts determined under paragraphs 196(4)(a) to (c) in respect of the corporation,

exceeds the aggregate of amounts each of which is

(iii) an amount in respect of the 1972 taxation year or any taxation year referred to in subparagraph (i), equal to the amount, if any, by which the aggregate of the corporation's taxable capital gains for the year from dispositions after 1971 of property described in paragraph (1)(c) exceeds the aggregate of

(A) its allowable capital losses for the year from dispositions after 1971 of property described in that paragraph and

(B) the amount deductible from its income for the year by virtue of paragraph (2)(c)

(ces gains et ces pertes étant calculés conformément à l'hypothèse énoncée à l'alinéa (1)d)).

(iv) un montant égal à 1/3 de tout montant payé ou crédité par la corporation, après le début de son année d'imposition 1972 et avant la date donnée, au titre ou en paiement intégral ou partiel d'intérêts, ou

(v) un montant afférent à tout dividende imposable payé par la corporation sur une action de son capital-actions avant la date donnée et après le début de sa première année d'imposition commençant après 1971, égal au montant relatif au dividende, déterminé en vertu de l'alinéa (8)a); et

b) «revenu imposable cumulatif» d'une corporation, à une date donnée, signifie la fraction, si fraction il y a, du total obtenu en additionnant

(i) ses revenus imposables pour les années d'imposition commençant après 1971 et se terminant avant la date donnée, et

(ii) lorsque l'année d'imposition 1972 de la corporation a commencé avant 1972, la fraction, si fraction il y a, de son revenu imposable pour cette année, qui est en sus du total obtenu en additionnant

(A) toutes les sommes reçues par la corporation, qui sont visés à l'alinéa 196(4)b), et

(B) le moins élevé des deux montants suivants: le montant déterminé en vertu de l'alinéa 196(4)c) à l'égard de la corporation ou la fraction, si fraction il y a, du total des montants déterminés en vertu des alinéas 196(4)d) à f) à l'égard de la corporation, qui est en sus du total des montants déterminés en vertu des alinéas 196(4)a) à c) à l'égard de la corporation.

qui est en sus du total des montants dont chacun est

(iii) un montant afférent à l'année d'imposition 1972 ou à toute année d'imposition visée au sous-alinéa (i), égal à la fraction, si fraction il y a, du total des gains en capital imposables de la corporation, pour l'année, résultant de la disposition, après 1971, de biens visés à l'alinéa (1)c), qui est en sus du total

(A) de ses pertes en capital déductibles, pour l'année, résultant de la disposition, après 1971, de biens visés à cet alinéa, et

(B) du montant déductible de son revenu pour l'année, en vertu de l'alinéa (2)c)

(such gains and losses being computed in accordance with the assumption set forth in paragraph (1)(d)),

(iv) 4/3 of any amount paid or credited by the corporation, after the commencement of its 1972 taxation year and before the particular time, as, on account or in lieu of payment of, or in satisfaction of interest, or

(v) the amount of any taxable dividend paid by the corporation on a share of its capital stock before the particular time and after the commencement of its first taxation year commencing after 1971.

Section 133(9)(a) was amended by S.C. 1974-75, c. 26, s. 90(3) and s. 90(4):

(3) Paragraph 133(9)(a) of the said Act is amended by striking out the word "and" at the end of subparagraph (i) thereof, by adding the word "and" at the end of subparagraph (ii) thereof and by adding thereto, immediately after subparagraph (ii) thereof, the following subparagraph:

"(ii.1) where the corporation's 1972 taxation year commenced before 1972, 10% of the amount that would be determined under subparagraph (b)(iii) if the reference in that subparagraph to "the 1972 taxation year or any taxation year referred to in subparagraph (i)" were read as a reference to "the 1972 taxation year" "

(4) This section is applicable to the 1972 and subsequent taxation years.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Miller, Thomson, Sedgewick, Lewis and Healy, Toronto.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

(ces gains et ces pertes étant calculés conformément à l'hypothèse énoncée à l'alinéa (1)d)).

(iv) les 4/3 de tout montant payé ou crédité par la corporation, après le début de son année d'imposition 1972 et avant la date donnée, au titre ou en paiement intégral ou partiel d'intérêts, ou

(v) un montant afférent à tout dividende imposable payé par la corporation sur une action de son capital-actions, avant la date donnée et après le début de sa première année d'imposition commençant après 1971.

L'alinéa 133(9)a a été modifié par S.C. 1974-75, chap. 26, par. 90(3) et 90(4):

(3) L'alinéa 133(9)a de ladite loi est modifié par le retranchement du mot «et» à la fin du sous-alinéa (1), par l'adjonction du mot «et» à la fin du sous-alinéa (ii) et par l'adjonction, immédiatement après le sous-alinéa (ii), du sous-alinéa suivant:

«(ii.1) lorsque l'année d'imposition 1972 de la corporation a commencé avant 1972, 10% du montant qui serait calculé en vertu du sous-alinéa b)(iii) en substituant, dans ce sous-alinéa, aux mots, d'année d'imposition 1972 ou toute année d'imposition visée au sous-alinéa (1)» les mots «l'année d'imposition 1972» »

(4) Le présent article s'applique aux années d'imposition 1972 et suivantes.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Miller, Thomson, Sedgewick, Lewis et Healy, Toronto.

Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.

Her Majesty The Queen (*Defendant*)
Appellant;

and

Thomas Fuller Construction Co. (1958) Limited (*Third Party*)

and

Foundation Company of Canada Limited (*Plaintiff*) *Respondents*.

1979: April 26; 1979: December 21.

Present: Martland, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte and McIntyre JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Courts — Federal Court — Jurisdiction — Third party proceedings by the Crown — Not based on federal law — The British North America Act, 1867, s. 101 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(4) — Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38 — The Negligence Act, R.S.O. 1970, c. 296, s. 2.

The respondent Foundation Co. of Canada Ltd. ("Foundation") has brought an action against the appellant ("The Crown") for alleged breaches of a building contract and negligence in respect of blasting operations carried on by the other respondent, Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. ("Fuller"). Before filing a statement of defence, the Crown has filed against Fuller a third party notice claiming indemnity under its contract with Fuller against the Crown's liability to Foundation and claiming also contribution from Fuller pursuant to *The Negligence Act* of Ontario. The third party notice was struck out by Décary J. of the Trial Division of the Federal Court. The trial judge stated that there was no federal law involved to support the jurisdiction of the Federal Court to entertain the third party claim and therefore the Court was, on the basis of the *McNamara* decision, [1977] 2 S.C.R. 654, without jurisdiction. The Crown appeal to the Federal Court of Appeal was dismissed. Hence the appeal to this Court.

Held (Martland J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte and McIntyre JJ.: For purposes of s. 101 of the *B.N.A. Act* an action and a third party proceeding are two separate proceedings. In *The Bank of Montreal v. The Royal Bank of Canada*, [1933] S.C.R. 311, Duff C.J. stated

Sa Majesté La Reine (*Défenderesse*)
Appelante;

et

Thomas Fuller Construction Co. (1958) Limited (*Mise en cause*)

et

Foundation Company of Canada Limited (*Demanderesse*) *Intimées*.

1979: 26 avril; 1979: 21 décembre.

Présents: Les juges Martland, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte et McIntyre.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Tribunaux — Cour fédérale — Compétence — Procédures de mise en cause intentées par Sa Majesté — Non fondées sur le droit fédéral — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 101 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 17(4) — Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, chap. C-38 — The Negligence Act, R.S.O. 1970, chap. 296, art. 2.

L'intimée Foundation Co. of Canada Ltd. («Foundation») a intenté une action contre l'appelante («Sa Majesté») en alléguant violation d'un contrat de construction et négligence dans des opérations de dynamitage effectuées par l'autre intimée, Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. («Fuller»). Avant de produire sa défense, Sa Majesté a produit contre Fuller un «avis à la tierce partie» qui réclame, en vertu de son contrat avec cette dernière, une indemnisation pour sa responsabilité envers Foundation et également une contribution de Fuller en vertu de *The Negligence Act* de l'Ontario. Le juge Décary de la Division de première instance de la Cour fédérale a radié l'«avis à la tierce partie». Le juge de première instance a déclaré qu'il n'y avait pas de droit fédéral impliqué qui pouvait donner compétence à la Cour fédérale pour connaître de la demande vis-à-vis de la tierce partie et donc que la Cour était incompétente, vu l'arrêt *McNamara*, [1977] 2 R.C.S. 654. L'appel de Sa Majesté à la Cour d'appel fédérale a été rejeté, d'où le pourvoi à cette Cour.

Arrêt (le juge Martland étant dissident): Le pourvoi doit être rejeté.

Les juges Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte et McIntyre: Pour les fins de l'art. 101 de l'*A.A.N.B.*, une action et une procédure relative à tierce partie constituent deux instances distinctes. Dans *Banque de Montréal c. Banque Royale du Canada*, [1933] R.C.S. 311,

that "the proceedings against the third party is a substantive proceeding and not a mere incident of the principal action". For the Federal Court to have jurisdiction in either proceeding, that proceeding must be to enforce a right conferred by a federal law. In *McNamara Construction v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654, it was held that the Crown could not bring action for breach of a construction contract in the Federal Court. In the present case the *Crown Liability Act* deals only with the liability which is asserted in the main action and does not embrace the issues on the third party notice. The claim against Fuller arises out of the contract and of *The Negligence Act* and therefore the laws on which the third party notice is founded are not those of Canada but those of the Province of Ontario. It is not clear that the claim under *The Negligence Act* cannot be asserted before the courts of Ontario. But, even if the remedy sought by the Crown against the third party cannot be otherwise obtained in Ontario, this could not justify a conclusion that the Crown must be allowed to institute third party proceedings in the Federal Court so as not to be deprived of the benefit of *The Negligence Act*. The basic principle governing the Canadian system of judicature is the jurisdiction of the superior courts of the provinces in all matters federal and provincial. The federal Parliament is empowered to derogate from this principle by establishing additional courts only for the better administration of the laws of Canada. The application of the ancillary power doctrine is limited to what is truly necessary for the effective exercise of Parliament's legislative authority. If it is considered desirable to be able to take advantage of provincial legislation on contributory negligence, the proper solution is to make it possible to have those rights enforced before the superior court of the province.

Per Martland J. dissenting: The important difference between the present case and the *McNamara* case is that in the present case the Crown has been brought before the Federal Court as a defendant and there is no question raised as to the jurisdiction of the Federal Court to hear the suit brought by Foundation against the Crown. The Crown has been properly impleaded in the Federal Court in respect of claims against it founded in contract and in tort. To succeed in its claim against a third party for indemnification or contribution, it must establish its liability to the plaintiff, Foundation. That liability can only be established in the suit against the Crown in the Federal Court. While it is clear that an action and third party proceedings are separate proceedings, the existence here of a judgment given by the

le juge en chef Duff a déclaré que «la procédure contre le tiers est une nouvelle instance et non un simple incident de l'action principale». Pour que la Cour fédérale soit compétente pour connaître de l'une et l'autre, chacune doit viser à faire appliquer un droit conféré par le droit fédéral. Dans *McNamara Construction c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654, on a jugé que Sa Majesté ne pouvait intenter devant la Cour fédérale une action pour inexécution d'un contrat de construction. En l'espèce, la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* porte seulement sur la responsabilité qui est invoquée dans l'action principale et ne comprend pas le litige soulevé par l'«avis à la tierce partie». La réclamation contre Fuller découle du contrat et de *The Negligence Act* et, par conséquent, les lois sur lesquelles se fonde l'«avis à la tierce partie» ne sont pas celles du Canada mais celles de la province de l'Ontario. Il n'est pas certain que la réclamation en vertu de *The Negligence Act* ne puisse être invoquée devant les tribunaux de l'Ontario. Mais, même si le redressement demandé par Sa Majesté contre le tiers ne peut être obtenu autrement en Ontario, cela ne peut pas justifier la conclusion que Sa Majesté doit pouvoir instituer des procédures de mise en cause devant la Cour fédérale afin de ne pas être privée du bénéfice de *The Negligence Act*. Le principe fondamental régissant le système judiciaire canadien est la compétence des cours supérieures des provinces sur toutes questions de droit fédéral et provincial. Le Parlement fédéral a le pouvoir de déroger à ce principe en établissant des tribunaux additionnels seulement pour la meilleure administration des lois du Canada. L'application de la doctrine du pouvoir accessoire est limitée à ce qui est vraiment nécessaire à l'exercice efficace de l'autorité législative du Parlement. Si l'on estime souhaitable d'être en mesure d'invoquer une loi provinciale sur la négligence contributive, la solution appropriée est de rendre possible l'exercice de ce droit devant la Cour supérieure de la province.

Le juge Martland dissident: La grande différence entre la présente affaire et l'affaire *McNamara* est qu'ici, c'est à titre de défenderesse que Sa Majesté est poursuivie devant la Cour fédérale et nul ne conteste la compétence de cette dernière pour connaître de la poursuite intentée par Foundation contre Sa Majesté. Sa Majesté a été régulièrement poursuivie en Cour fédérale pour des demandes fondées sur sa responsabilité contractuelle et délictuelle. Pour réussir dans sa demande d'indemnisation ou de contribution contre un tiers, elle doit établir sa responsabilité envers la demanderesse, Foundation. Cette responsabilité peut uniquement être établie au procès contre Sa Majesté en Cour fédérale. Bien qu'il soit certain qu'une action et qu'une procédure de mise en cause sont deux instances distinctes, l'exis-

Federal Court against the Crown in the principal action is the very foundation of the Crown's third party claim, and that judgment would be a pronouncement of "federal law". That is a sufficient basis on which to found a jurisdiction in the Federal Court to deal with the third party claim pursuant to para. 17(4)(a) of the *Federal Court Act*. Furthermore, if the Crown cannot take third party proceedings in the Federal Court, where the claim against it is based on negligence, it would mean that the whole issue would have to be retried in another Court. As a Crown's claim for contribution based on the Ontario *Negligence Act* could not be pursued in the Courts of Ontario, the Crown would then be without a remedy.

[*The Bank of Montreal v. The Royal Bank of Canada*, [1933] S.C.R. 311; *McNamara Construction v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054 applied; *Valin v. Langlois* (1879), 3 S.C.R. 1; *Cohen v. McCord*, [1944] O.R. 568; *Rickwood v. Town of Aylmer* (1957), 8 D.L.R. (2d) 702; *National Capital Commission v. Pugliese*, [1979] 2 S.C.R. 104, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹ affirming a judgment of Décary J. of the Trial Division of the Federal Court striking out a third party notice. Appeal dismissed, Martland J. dissenting.

T. B. Smith, Q.C., and *D. Sguyias*, for the appellant.

Don Rasmussen and *A. H. A. Keenleyside*, for the respondent Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.

The following are the reasons delivered by

MARTLAND J. (*dissenting*)—The respondent, Foundation Company of Canada Limited ("Foundation"), is a party to a contract with the appellant ("The Crown"), pursuant to which it undertook the construction of a research centre at Tunney's Pasture in Ottawa.

On October 25, 1974, the Crown instructed Foundation to cease work on the project because damage had been caused to the footing of a part of

tence ici d'un jugement rendu par la Cour fédérale contre Sa Majesté dans l'action principale est le fondement même de la demande de mise en cause formulée par Sa Majesté et ce jugement serait une déclaration de droit fédéral. Cela constitue un fondement suffisant pour établir la compétence de la Cour fédérale à connaître de la demande de mise en cause en vertu de l'al. 17(4)a de la *Loi sur la Cour fédérale*. En outre, si Sa Majesté ne peut engager de procédures de mise en cause devant la Cour fédérale, lorsque la réclamation contre elle est fondée sur la négligence, cela signifiera que toute la question devra être réentendue par une autre cour. Étant donné qu'une demande de contribution présentée par Sa Majesté en vertu de *The Negligence Act* de l'Ontario ne peut être présentée devant les cours de l'Ontario, elle n'aurait alors plus aucun recours.

[Jurisprudence: *Banque de Montréal c. Banque Royale du Canada*, [1933] R.C.S. 311; *McNamara Construction c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054, arrêts suivis; *Valin c. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1; *Cohen v. McCord*, [1944] O.R. 568; *Rickwood v. Town of Aylmer* (1957), 8 D.L.R. (2d) 702; *Commission de la Capitale nationale c. Pugliese*, [1979] 2 R.C.S. 104.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹ qui a confirmé le jugement du juge Décary de la Division de première instance de la Cour fédérale radiant un «avis à la tierce partie». Pourvoi rejeté, le juge Martland étant dissident.

T. B. Smith, c.r., et *D. Sguyias*, pour l'appelante.

Don Rasmussen et *A. H. A. Keenleyside*, pour l'intimée Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MARTLAND (*dissident*)—L'intimée Foundation Company of Canada Limited («Foundation») est partie à un contrat en vertu duquel elle s'est engagée envers l'appelante («Sa Majesté») à construire un centre de recherches à Tunney's Pasture à Ottawa.

Le 25 octobre 1974, Sa Majesté a donné ordre à Foundation de cesser les travaux sur le chantier parce que des dommages avaient été causés à

¹ [1979] 1 F.C. 877.

¹ [1979] 1 C.F. 877.

the foundation wall as a result of blasting operations carried on by the respondent, Thomas Fuller Construction Co. (1958) Limited ("Fuller"), which, under contract with the Crown, was in the course of installing sewer services to the proposed building.

Foundation has brought an action against the Crown founded on the allegation that it was an express term of its contract that the Crown would be responsible for any extra expense, loss or damage directly attributable to neglect or delay on the part of the Crown in failing to do any act which the Crown would be required to do, in accordance with the usage of the trade, necessary to enable Foundation to carry out its obligation under the contract.

Paragraphs 5 and 6 of the statement of claim allege:

5. On or about the 25th day of October, 1974, the Plaintiff, pursuant to the written instructions delivered by the Defendant's architect, stopped work on the site. At that time, the Plaintiff was informed that damage had been done to the footing of part of the foundation wall by blasting operations conducted a short distance from the site by an agent, employee, and/or a sewer contractor of the Defendant, Thomas Fuller Construction Co. (1958) Limited.

6. The Plaintiff alleges that the damage to the foundation wall was caused solely and directly by the blasting operations conducted by the said Thomas Fuller Construction Co. (1958) Limited, with the approval and authorization of the Defendant.

Foundation claims that it was delayed in its work for a total of ten weeks and alleges that it suffered damage in the amount of \$461,636.

Foundation also founds its claim in tort for negligence on the part of the Crown in failing adequately to supervise the work being carried on by Fuller and in failing to take normal precautions to ensure that Fuller's blasting operations would not damage Foundation's construction work and operations.

The Crown issued a third party notice to Fuller claiming indemnity under its contract with Fuller against the Crown's liability to Foundation. The

l'empattement d'une partie du mur de fondation par des opérations de dynamitage effectuées par l'intimée Thomas Fuller Construction Co. (1958) Limited («Fuller») qui, aux termes d'un contrat avec Sa Majesté, procédait à l'installation de canalisations d'égout pour l'immeuble projeté.

Foundation a intenté une action contre Sa Majesté, fondée sur l'allégation que son contrat prévoit expressément que Sa Majesté sera responsable de toute dépense supplémentaire, perte ou dommage directement attribuable à la négligence ou au retard résultant de l'omission par Sa Majesté d'accomplir un acte qui lui incombait, conformément à l'usage du commerce, et qui était nécessaire pour que Foundation puisse s'acquitter de ses obligations contractuelles.

Les paragraphes 5 et 6 de la déclaration allèguent:

[TRADUCTION] 5. Le 25 octobre 1974 ou vers cette date, la demanderesse, conformément à des instructions écrites reçues de l'architecte de la défenderesse, a cessé les travaux sur le chantier. A cette époque, la demanderesse a été informée que des dommages avaient été causés à l'empattement d'une partie du mur de fondation par des opérations de dynamitage effectuées près du chantier par un préposé, employé ou entrepreneur en construction d'égout travaillant pour la défenderesse, Thomas Fuller Construction Co. (1958) Limited.

6. La demanderesse allègue que les dommages au mur de fondation ont été causés uniquement et directement par les opérations de dynamitage effectuées par ladite Thomas Fuller Construction Co. (1958) Limited, avec l'approbation et l'autorisation de la défenderesse.

Foundation prétend avoir été retardée dans son travail pendant une période totale de dix semaines et allègue avoir subi des dommages s'élevant à \$461,636.

Foundation fonde également sa réclamation sur la responsabilité délictuelle de Sa Majesté pour négligence, vu son défaut de surveillance adéquate des travaux effectués par Fuller et son manque de précautions normales pour s'assurer que les opérations de dynamitage de Fuller n'endommageraient pas les travaux de construction de Foundation.

Sa Majesté a signifié à Fuller un «avis à la tierce partie» qui réclame, en vertu de son contrat avec cette dernière, une indemnisation pour sa respon-

Crown also claimed contribution from Fuller pursuant to *The Negligence Act*, R.S.O., 1970, c. 296, on the ground that the damage to the foundation wall was caused by the negligence of Fuller, or the negligence of Fuller's officers, servants and agents, acting in the course of their employment.

On an application for directions the third party notice was struck out by a judge of the Trial Division of the Federal Court. His reasons for so doing were as follows:

On the face of it the claim asserted by the Crown against the Third Party is not based on the contract alleged by the Plaintiff. It is based on the *Negligence Act* of Ontario and on a separate contract between it and the Third Party. There is no "federal law" involved to support the jurisdiction of the Court to entertain the Third party claim. On the basis of the *McNamara* decision, the Court is without jurisdiction.

An appeal by the Crown to the Federal Court of Appeal was dismissed. Chief Justice Jackett, delivering the reasons for judgment of the Court, said:

The appellant's appeal to this court, as I understand it, is based, in effect, on the contention that the *McNamara* decision of the Supreme Court of Canada ([1977] 2 S.C.R. 654) does not apply because the third party proceedings are in respect of the appellant's possible liability in the main action, which is based on a federal law, and the third party proceedings therefore fall within the jurisdiction that Parliament can confer on the Federal Court under Section 101 of the *British North America Act, 1867*, notwithstanding the *McNamara* decision.

In my view, for purposes of section 101, an action and a third party proceeding are two separate proceedings; and, for the Federal Court to have jurisdiction in either proceeding, that proceeding must be to enforce a right conferred by a "federal law" (*Western Caissons (Quebec) Limited v. McNamara Corporation of Newfoundland Co. Limited et al.*, [1979] 1 F.C. 509). Furthermore, in my view, the third part proceeding in this case is to enforce a right claimed to have been conferred by the ordinary provincial law of contract as applicable between subject and subject or by the *Ontario Negligence Act*, neither of which is a "federal law"; and in my view, such a claim does not become a claim based on a "federal law" because the operation of a federal law enters into the creation of the conditions precedent

sabilité envers Foundation. Sa Majesté réclame également une contribution de Fuller en vertu de *The Negligence Act*, R.S.O. 1970, chap. 296, pour le motif que les dommages causés au mur de fondation résultent de la négligence de Fuller ou de celle des préposés, employés et agents de cette dernière agissant dans le cadre de leur emploi.

Sur requête pour instructions, l'«avis à la tierce partie» a été radié par un juge de la Division de première instance de la Cour fédérale. Voici quels étaient ses motifs:

A sa face même, la demande de la Couronne à l'encontre de la tierce partie n'est pas fondée sur le contrat dont la demanderesse allègue l'existence mais sur *The Negligence Act* de l'Ontario et sur un contrat distinct qu'elle a conclu avec celle-ci. Il n'y a pas de droit fédéral impliqué qui puisse donner compétence à la Cour pour connaître de la demande vis-à-vis la tierce partie. Vu l'arrêt *McNamara*, la Cour est incompétente.

Un appel de Sa Majesté à la Cour d'appel fédérale a été rejeté. Le juge en chef Jackett, exposant les motifs de jugement de la Cour, a dit:

Le recours de l'appelante à la présente cour, si je comprends bien, s'appuie en fait sur la prétention que l'arrêt *McNamara* de la Cour suprême du Canada ([1977] 2 R.C.S. 654) ne s'applique pas parce que la procédure relative à la tierce partie qui a été engagée concerne la responsabilité éventuelle de l'appelante dans l'action principale, laquelle est fondée sur le droit fédéral, et qu'il s'ensuit que la procédure relative à la tierce partie relève de la compétence que le Parlement pouvait attribuer à la Cour fédérale en vertu de l'article 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, en dépit de l'arrêt *McNamara*.

A mon avis, pour les fins de l'article 101, une action et une procédure relative à tierce partie constituent deux instances distinctes et, pour que la Cour fédérale soit compétente pour connaître de l'une et l'autre, chacune doit viser à faire appliquer un droit conféré par le «droit fédéral» (*Western Caissons (Quebec) Limited c. McNamara Corporation of Newfoundland Co. Limited et autres*, [1979] 1 C.F. 509). De plus, à mon avis, la procédure relative à tierce partie engagée en l'espèce vise à faire appliquer un droit soi-disant créé soit par le droit commun provincial des contrats applicable entre personnes privées, soit par *The Negligence Act* de l'Ontario; ni l'un ni l'autre ne font partie du «droit fédéral» et, à mon avis, ce genre de demande ne devient pas une demande fondée sur le «droit fédéral» simplement parce

to the existence of the right that is being claimed under the provincial law.

This is the law established by the reasons for judgment in the *McNamara* case, as I understand them, and it is not subject to modification by reasons of possible inconvenience or, indeed, as might happen in this case, by reason of the fact that Her Majesty may, in consequence, have no right of contribution under the *Ontario Negligence Act*. The remedy, if one is desirable, lies in appropriate legislation.

With great respect, I do not agree that it follows from the *McNamara* decision that the Crown is necessarily precluded from joining Fuller in the proceedings before the Federal Court by reason of a third party notice. In the *McNamara* case the proceedings in the Federal Court were instituted by the Crown against a construction company and a firm of architects for breaches of their respective contracts in relation to the construction of a building, and against an insurance company in respect of a surety bond. Third party proceedings were instituted by the contractor and the insurance company against the architects and against a subcontractor. The judgment of this court struck out the statement of claim for want of jurisdiction in the Federal Court. The grounds for this decision appear in the following passage from the reasons of Chief Justice Laskin at pp. 658-60:

Shortly put, the main issue in these appeals is whether the Federal Court of Canada may be invested with jurisdiction over a subject at the suit of the Crown in right of Canada which seeks to enforce in that Court a claim for damages for breach of contract. The basis for the conferring of any such jurisdiction must be found in s. 101 of the *British North America Act* which, *inter alia*, confers upon Parliament legislative power to establish courts "for the better administration of the laws of Canada". In *Quebec North Shore Paper Company v. Canadian Pacific Limited* ([1977] 2 S.C.R. *infra*), (a decision which came after the judgments of the Federal Court of Appeal in the present appeals), this Court held that the quoted provisions of s. 101, make it a prerequisite to the exercise of jurisdiction by the Federal Court that there be existing and applicable federal law which can be invoked to support any proceedings before it. It is not enough that the Parliament of Canada have legislative jurisdiction in respect of some matter which is the subject of litigation in the Federal Court. As this Court

qu'il faut l'opération d'une règle de droit fédérale pour que soient réalisées les conditions nécessaires à la naissance du droit que l'on réclame en vertu de la loi provinciale.

C'est là la règle de droit établie par les motifs de l'arrêt *McNamara*, tels que je les comprends, et elle ne saurait être modifiée parce qu'elle cause quelque inconvénient ou même, comme il se peut que ce soit le cas en l'espèce, parce que Sa Majesté pourrait, en conséquence, ne pas avoir droit à la contribution en vertu de *The Negligence Act* de l'Ontario. C'est le législateur qui peut remédier à cela s'il le juge opportun.

Avec égards, je ne crois pas qu'il découle de l'arrêt *McNamara* que Sa Majesté soit nécessairement empêchée de joindre Fuller aux procédures devant la Cour fédérale par un «avis à la tierce partie». Dans *McNamara*, les procédures devant la Cour fédérale ont été intentées par Sa Majesté contre une compagnie de construction et un bureau d'architectes pour violation de leurs contrats respectifs relativement à la construction d'un immeuble, et contre une compagnie d'assurances relativement à un cautionnement. Les procédures de mise en cause ont été intentées par l'entrepreneur et la compagnie d'assurances contre les architectes et contre un sous-traitant. L'arrêt de cette Cour a radié la déclaration pour défaut de compétence de la Cour fédérale. Le fondement de cet arrêt se dégage du passage suivant des motifs du juge en chef Laskin aux pp. 658 à 660:

En bref, la principale question en litige dans ces pourvois est de savoir si le Cour fédérale du Canada a compétence sur un sujet dans une action en dommages-intérêts intentée par la Couronne du chef du Canada pour inexécution d'un contrat. Cette compétence relèverait de l'art. 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* qui confère notamment au Parlement le pouvoir législatif d'établir des tribunaux «pour la meilleure administration des lois du Canada». Dans l'arrêt *Quebec North Shore Paper Company c. Le Canadien Pacifique Limitée*, ([1977] 2 R.C.S. *infra*) (arrêt rendu après les jugements de la Cour d'appel fédérale en l'espèce), cette Cour a statué que les dispositions de l'art. 101 posent comme condition préalable à l'exercice par la Cour fédérale de sa compétence, l'existence d'une législation fédérale applicable sur laquelle on puisse fonder les procédures. Il ne suffit pas que le Parlement du Canada puisse légiférer sur un domaine dont relève la question soumise à la Cour fédérale. Comme l'a indiqué cette Cour dans l'arrêt *Quebec North Shore*

indicated in the *Quebec North Shore Paper Company* case, judicial jurisdiction contemplated by s. 101 is not co-extensive with federal legislative jurisdiction. It follows that the mere fact that Parliament has exclusive legislative authority in relation to "the public debt and property" under s. 91(1A) of the *British North America Act* and in relation to "the establishment, maintenance and management of penitentiaries" under s. 91(28), and that the subject matter of the construction contract may fall within either or both of these grants of power, is not enough to support a grant of jurisdiction to the Federal Court to entertain the claim for damages made in these cases.

Section 17(4) of the *Federal Court Act* is the foundation for the assertion of jurisdiction herein at the suit of the Crown. Section 17(1) and (2) invest the Trial Division of the Federal Court with jurisdiction in actions against the Crown, and no issue arises here as to the validity of those provisions. Nor are we concerned here with the validity of s. 17(3) which provides for jurisdiction through agreement in certain situations between the Crown and a subject, and also in proceedings to resolve conflicting claims in respect of an alleged obligation of the Crown. Section 17(4) reads as follows:

(4) The Trial Division has concurrent original jurisdiction

- (a) in proceedings of a civil nature in which the Crown or the Attorney General of Canada claims relief; and
- (b) in proceedings in which relief is sought against any person for anything done or omitted to be done in the performance of his duties as an officer or servant of the Crown.

A comparable predecessor provision was s. 29(d) of the *Exchequer Court Act*, R.S.C. 1952, c. 98, which gave jurisdiction to the Exchequer Court

in all other actions and suits of a civil nature at common law or equity in which the Crown is plaintiff or petitioner.

In the *Quebec North Shore Paper Company* case, this Court observed, referring to this provision, that the Crown in right of Canada in seeking to bring persons into the Exchequer Court as defendants must have founded its action on some existing federal law, whether statute or regulation or common law.

What must be decided in the present appeals, therefore, is not whether the Crown's action is in respect of

Paper Company, la compétence judiciaire en vertu de l'art. 101 ne recouvre pas le même domaine que la compétence législative fédérale. Il s'ensuit qu'il ne suffit pas que la compétence exclusive du Parlement s'exerce dans les domaines de «la dette et la propriété publiques» en vertu de l'art. 91(1A) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et à l'égard de «l'établissement, du maintien, et de l'administration des pénitenciers» en vertu de l'art. 91(28) et que l'objet du contrat de construction en l'espèce puisse relever de l'un ou l'autre de ces domaines législatifs, ou des deux, pour fonder la compétence de la Cour fédérale à l'égard de la présente action en dommages-intérêts.

Le paragraphe (4) de l'art. 17 de la *Loi sur la Cour fédérale* est invoqué comme fondement de la compétence pour connaître de l'action intentée par la Couronne. Les paragraphes (1) et (2) confèrent à la Division de première instance de la Cour fédérale la compétence pour connaître des actions intentées par la Couronne et leur validité n'est pas contestée. Il n'est pas non plus question de la validité du par. (3) qui donne compétence dans certains cas à la Cour fédérale pour connaître d'un litige opposant la Couronne et une personne, si elles en ont convenu par écrit, et des procédures en vue de trancher des réclamations contradictoires relativement à une prétendue obligation de la Couronne. Le paragraphe (4) se lit comme suit:

(4) La Division de première instance a compétence concurrente en première instance

- a) dans les procédures d'ordre civil dans lesquelles la Couronne ou le procureur général du Canada demande redressement; et
- b) dans les procédures dans lesquelles on cherche à obtenir un redressement contre une personne en raison d'un acte ou d'une omission de cette dernière dans l'exercice de ses fonctions à titre de fonctionnaire ou préposé de la Couronne.

Ce paragraphe a remplacé l'art. 29d) de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1952, c. 98, qui conférait compétence à la Cour de l'Échiquier

dans toutes les autres actions et poursuites d'ordre civil, en *common law* ou en *equity*, dans lesquelles la Couronne est demanderesse ou requérante.

Dans l'arrêt *Quebec North Shore Paper Company*, cette Cour a souligné au sujet de cette disposition que pour traduire des personnes devant la Cour de l'Échiquier, la Couronne du chef du Canada doit au préalable établir que son action relève de la législation fédérale applicable, que ce soit une loi, un règlement ou la *common law*.

Il ne s'agit donc pas de décider en l'espèce si la demande de redressement de la Couronne relève d'un

matters that are within federal legislative jurisdiction but whether it is founded on existing federal law. I do not think that s. 17(4), read literally, is valid federal legislation under s. 101 of the *British North America Act* in purporting to give jurisdiction to the Federal Court to entertain any type of civil action simply because the Crown in right of Canada asserts a claim as plaintiff. The common law rule that the Crown may sue in any Court having jurisdiction in the particular matter, developed in unitary England, has no unlimited application to federal Canada where legislative and executive powers are distributed between the central and provincial levels of legislature and government and where, moreover, there is a constitutional limitation on the power of Parliament to establish courts.

The important difference between the present case and the *McNamara* case is that in the present case the Crown has been brought before the Federal Court as a defendant and there is no question raised as to the jurisdiction of the Federal Court to hear the suit brought by Foundation against the Crown. In the *McNamara* case, the Chief Justice, at p. 662, said:

What remains for consideration here on the question of jurisdiction is whether there is applicable federal law involved in the cases in appeal to support the competence of the Federal Court to entertain the Crown's action, both with respect to the claim for damages and the claim on the surety bond. In the *Quebec North Shore Paper Company* case, this Court referred to what I may for convenience call Crown law as follows:

... It should be recalled that the law respecting the Crown came into Canada as part of the public or constitutional law of Great Britain, and there can be no pretence that that law is provincial law. In so far as there is a common law associated with the Crown's position as a litigant it is federal law in relation to the Crown in right of Canada, just as it is provincial law in relation to the Crown in right of a Province, and is subject to modification in each case by the competent Parliament or Legislature. Crown law does not enter into the present case.

This passage cannot be taken as saying that it is enough that the Crown is a party to a contract, on which it is suing as a plaintiff, to satisfy the requirement of applicable federal law. The situation is different if Crown liability is involved because in that respect there were

domaine de compétence législative fédérale, mais de déterminer si elle est fondée sur la législation fédérale applicable. Je ne pense pas que, pris littéralement, le par. 17(4), qui vise à habiliter la Cour fédérale à connaître de tout genre d'action d'ordre civil du seul fait que la Couronne du chef du Canada fait une réclamation à titre de demanderesse, constitue une législation fédérale valide en vertu de l'art. 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. La règle de *common law* selon laquelle la Couronne peut poursuivre devant tout tribunal ayant compétence dans le domaine pertinent, élaborée dans le régime unitaire anglais, ne peut s'appliquer intégralement au Canada, un état fédéral, où les pouvoirs législatifs et exécutifs sont répartis entre les législatures et gouvernements centraux et provinciaux et où, en outre, le pouvoir du Parlement d'établir des tribunaux est limité par la Constitution.

La grande différence entre la présente affaire et l'affaire *McNamara* est qu'ici, c'est à titre de défenderesse que Sa Majesté est poursuivie devant la Cour fédérale et nul ne conteste la compétence de cette dernière pour connaître de la poursuite intentée par Foundation contre Sa Majesté. Dans l'arrêt *McNamara*, le Juge en chef a dit, à la p. 662:

Il reste donc à déterminer, quant à la question de la compétence, s'il existe une législation fédérale applicable aux présents pourvois qui donne à la Cour fédérale compétence pour connaître de l'action de la Couronne concernant la demande de dommages-intérêts et la réclamation fondée sur le cautionnement. Dans l'affaire *Quebec North Shore Paper Company*, cette Cour a parlé de ce que j'appellerai pour plus de commodité le droit de la Couronne:

... Il est bon de rappeler que le droit relatif à la Couronne a été introduit au Canada comme partie du droit constitutionnel ou du droit public de la Grande-Bretagne; on ne peut donc prétendre que ce droit relève du droit provincial. Dans la mesure où la Couronne, en tant que partie à une action, est régie par la *common law*, il s'agit de droit fédéral pour la Couronne du chef du Canada, au même titre qu'il s'agit de droit provincial pour la Couronne du chef d'une province, qui, dans chaque cas, peut être modifié par le Parlement ou la législature compétente. Il n'est pas question en l'espèce de droit de la Couronne.

On ne peut conclure de cet extrait qu'il suffit à la Couronne d'être partie à un contrat qu'elle invoque dans son action à titre de demanderesse pour que l'exigence relative à la législation fédérale applicable soit remplie. La situation est différente si la responsabilité de la

existing common law rules respecting Crown liability in contract and immunity in tort, rules which have been considerably modified by legislation. Where it is not the Crown's liability that is involved but that of the other party to a bilateral contract, a different situation prevails as to the right of the Crown to compel that person to answer process issued out of the Federal Court.

In the main action, the Court will have to deal with the allegations of Foundation that damage was caused to the foundation wall by the operations of Fuller and of negligence on the part of the Crown in respect of those operations. Fuller is not before the Court as a party, since Foundation did not join Fuller as a defendant. The Crown is seeking to bring Fuller before the Court by means of the third party proceedings.

In order to succeed in its third party claim, the Crown must first establish its own liability to Foundation. That liability involves "federal law", as is pointed out in the second passage from the *McNamara* case cited above.

The Crown's liability in tort is the result of federal legislation, the *Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38. The enforcement of contractual liability against the Crown by court proceedings has evolved over a period of time and is the result of federal legislation. At common law a writ could not issue out of His Majesty's courts addressed to His Majesty. To overcome this difficulty, the procedure by way of a petition of right was evolved. At the time of Confederation, the position was that a petitioner might obtain his remedy against the Crown if he would have had a remedy as against a fellow subject. In 1875 Parliament enacted the *Petition of Right Act*. In order to proceed, the petitioner had to obtain a fiat from the Governor General "that right be done". This Act was replaced by the *Petition of Right Act, 1876*. The necessity for the issuance of a fiat continued until 1951. As a result of an amendment to the *Petition of Right Act* in that year, S.C. 1951, c. 33, the fiat was no longer required.

Couronne est en cause car il existe des règles de *common law* en matière de responsabilité contractuelle et de non-responsabilité délictuelle de la Couronne, règles cependant considérablement modifiées par la législation. Lorsqu'il ne s'agit pas de la responsabilité de la Couronne mais de celle de l'autre partie à un contrat bilatéral, la situation n'est plus la même quant au droit de la Couronne d'obliger cette personne à agir en défense dans une action intentée en Cour fédérale.

Dans l'action principale, la Cour devra examiner les allégations de Foundation que des dommages ont été causés au mur de fondation par les travaux de Fuller, et les allégations de négligence de Sa Majesté relativement à ces travaux. Fuller n'est pas devant la Cour en tant que partie puisque Foundation ne l'a pas jointe comme défenderesse. Sa Majesté cherche, par une procédure de mise en cause, à amener Fuller devant la Cour.

Pour réussir dans sa demande contre le tiers, Sa Majesté doit d'abord établir sa propre responsabilité envers Foundation. Cette responsabilité met en jeu le «droit fédéral», comme l'indique le deuxième extrait précité de l'arrêt *McNamara*.

La responsabilité délictuelle de Sa Majesté résulte d'une loi fédérale, la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, chap. C-38. L'exercice du recours en responsabilité contractuelle contre Sa Majesté par des procédures judiciaires a évolué dans le temps et est le résultat de la législation fédérale. En *common law*, les cours de Sa Majesté ne pouvaient délivrer un bref dirigé contre elle. Pour surmonter cette difficulté, on a élaboré la procédure de pétition de droit. A l'époque de la Confédération, un pétitionnaire pouvait obtenir un redressement contre Sa Majesté s'il pouvait en obtenir un contre un concitoyen. En 1875, le Parlement a adopté la *Loi sur les pétitions de droit*. Pour exercer ce recours, le pétitionnaire devait obtenir un *fiat* du gouverneur général «ordonnant que l'on fasse droit à la demande». Cette loi a été remplacée par la *Loi sur les pétitions de droit, 1876*. L'obligation d'obtenir un *fiat* a existé jusqu'en 1951. Une modification de la *Loi sur les pétitions de droit*, cette année-là, S.C. 1951, chap. 33, a supprimé la nécessité d'obtenir le *fiat*.

The *Petition of Right Act* was repealed when the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, was enacted at which time provision was made in subss. (1) and (2) of s. 17 to enable the Federal Court exclusively to hear cases where relief was claimed against the Crown for, *inter alia*, claims arising out of contract. Those subsections are as follows:

17. (1) The Trial Division has original jurisdiction in all cases where relief is claimed against the Crown and, except where otherwise provided, the Trial Division has exclusive original jurisdiction in all such cases.

(2) Without restricting the generality of subsection (1), the Trial Division has exclusive original jurisdiction, except where otherwise provided, in all cases in which the land, goods or money of any person are in the possession of the Crown or in which the claim arises out of a contract entered into by or on behalf of the Crown, and in all cases in which there is a claim against the Crown for injurious affection.

The position is, therefore, that the Crown has been properly impleaded in the Federal Court in respect of claims against it founded in contract and in tort. Its liability to be sued in contract or in tort is the consequence of federal legislation. To succeed in its claim against a third party for indemnification or contribution, it must establish its liability to the plaintiff, Foundation. That liability can only be established in the suit against the Crown in the Federal Court. The conduct of Fuller in respect of its blasting operations is an issue in the main action by Foundation and is also in issue in the third party proceedings against Fuller.

The position is also that as far as the Crown's claim for contribution is concerned, it could not be pursued in the Courts of Ontario. The Court of Appeal of Ontario has held in *Cohen v. McCord*², that a claim for contribution made under *The Negligence Act* has to be made in the principal action and cannot be asserted in fresh legal proceedings after judgment has been rendered in the

La *Loi sur les pétitions de droit* a été abrogée lors de l'adoption de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, dont les par. 17(1) et (2) accordent exclusivement à la Cour fédérale le droit de connaître des affaires où un redressement est réclamé contre Sa Majesté, notamment dans les cas où la demande découle d'un contrat. Voici le texte de ces paragraphes:

17. (1) La Division de première instance a compétence en première instance dans tous les cas où l'on demande contre la Couronne un redressement et, sauf disposition contraire, cette compétence est exclusive.

(2) Sans restreindre la portée générale du paragraphe (1), la Division de première instance, sauf disposition contraire, a compétence exclusive en première instance dans tous les cas où la propriété, les effets ou l'argent d'une personne sont en possession de la Couronne, dans tous les cas où la demande découle ou est née d'un contrat passé par la Couronne ou pour son compte et dans tous les cas où une demande peut être faite contre la Couronne pour atteinte défavorable.

La situation est donc que Sa Majesté a été régulièrement poursuivie en Cour fédérale pour des demandes fondées sur sa responsabilité contractuelle et délictuelle. La possibilité de la poursuivre en responsabilité contractuelle ou délictuelle découle de la législation fédérale. Pour réussir dans sa demande d'indemnisation ou de contribution contre un tiers, elle doit établir sa responsabilité envers la demanderesse, Foundation. Cette responsabilité peut uniquement être établie au procès contre Sa Majesté en Cour fédérale. La conduite de Fuller relativement au dynamitage est une question qui fait partie de l'action principale intentée par Foundation et c'est également une question en litige dans les procédures de mise en cause contre Fuller.

En outre, quand à la demande de contribution présentée par Sa Majesté, elle ne pourrait être introduite devant les cours de l'Ontario. La Cour d'appel de l'Ontario a jugé dans *Cohen v. McCord*², qu'une demande de contribution en vertu de *The Negligence Act* doit être faite dans l'action principale et non dans de nouvelles procédures judiciaires après le prononcé du jugement

² [1944] O.R. 568.

² [1944] O.R. 568.

principal action. This judgment was followed and applied in *Rickwood v. Town of Aylmer*³, at pp. 703-5, and in *Paul Papp Ltd. v. Fitzpatrick*⁴, at p. 570.

The judgment of the Court of Appeal in the present case takes the position that, for the purposes of s. 101 of the *British North America Act*, an action and a third party proceeding are two separate proceedings; that the Federal Court has jurisdiction only if a proceeding is to enforce a right conferred by "federal law"; and that the third party proceeding in this case is to enforce rights conferred by provincial law. It is said that it is not sufficient to make the third party claim one based on "federal law" because federal law enters into the creation of the conditions precedent to the existence of the right claimed. It is also said that this is the law established by the *McNamara* case.

With respect, it should be noted that in the final paragraph of the *McNamara* case, at p. 664, after noting that since the statement of claim in the main action was struck out, the consequential proceedings also fell, the following passage was added:

I would, however, observe that if there had been jurisdiction in the Federal Court there could be some likelihood of proceedings for contribution or indemnity being similarly competent, at least between the parties, in so far as the supporting federal law embraced the issues arising therein.

While it is clear that an action and third party proceeding are separate proceedings, as was stated by this Court in *The Bank of Montreal v. The Royal Bank of Canada*⁵, I do not share the view that the interrelationship of those proceedings in considering the jurisdiction of the Federal Court under s. 101 can be ignored. The existence of a judgment given by the Federal Court against the Crown in the principal action is the very foundation of the Crown's third party claim, and that judgment would be a pronouncement of "federal

dans l'action principale. Cet arrêt a été suivi et appliqué dans *Rickwood v. Town of Aylmer*³, aux pp. 703 à 705, et dans *Paul Papp Ltd. v. Fitzpatrick*⁴, à la p. 570.

L'arrêt de la Cour d'appel dans la présente affaire conclut qu'aux fins de l'art. 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, une action et une procédure de mise en cause constituent deux instances distinctes; que la Cour fédérale a compétence seulement si la procédure vise à faire appliquer un droit conféré par le «droit fédéral»; et que la procédure de mise en cause en l'espèce vise à faire appliquer des droits conférés par le droit provincial. On y dit que la demande contre le tiers ne devient pas une demande fondée sur le «droit fédéral» simplement parce qu'il faut l'opération du droit fédéral pour que soient réalisées les conditions nécessaires à la naissance du droit que l'on réclame. On y dit également que c'est la règle de droit établie par l'arrêt *McNamara*.

Avec égards, il faut remarquer que dans le dernier alinéa de l'arrêt *McNamara*, à la p. 664, après avoir dit que puisque la déclaration dans l'action principale était radiée, les procédures résultantes devaient également être tenues pour invalides, le passage suivant a été ajouté:

Je tiens toutefois à souligner que si la Cour fédérale avait eu compétence, il est assez vraisemblable que les demandes de contributions ou d'indemnités auraient été recevables, du moins entre les parties, dans la mesure où la législation fédérale pertinente s'appliquait aux questions soulevées en l'espèce.

Bien qu'il soit certain qu'une action et qu'une procédure de mise en cause sont deux instances distinctes, comme l'a déclaré cette Cour dans *Banque de Montréal c. Banque Royale du Canada*⁵, je ne suis pas d'avis que l'on peut faire abstraction des liens entre ces procédures, lorsque l'on considère la compétence de la Cour fédérale en vertu de l'art. 101. L'existence d'un jugement rendu par la Cour fédérale contre Sa Majesté dans l'action principale est le fondement même de la demande de mise en cause formulée par Sa

³ (1957), 8 D.L.R. (2d) 702.

⁴ [1967] 1 O.R. 565.

⁵ [1933] S.C.R. 311.

³ (1957), 8 D.L.R. (2d) 702.

⁴ [1967] 1 O.R. 565.

⁵ [1933] R.C.S. 311.

law". In my opinion that is a sufficient basis on which to found a jurisdiction in the Federal Court to deal with the third party claim pursuant to para. 17(4)(a) of the *Federal Court Act*, which provides as follows:

(4) The Trial Division has concurrent original jurisdiction

(a) in proceedings of a civil nature in which the Crown or the Attorney General of Canada claims relief; and

(b) in proceedings in which relief is sought against any person for anything done or omitted to be done in the performance of his duties as an officer or servant of the Crown.

I am reinforced in this conclusion by a consideration of the rather startling consequence which would result from the other view. Suits against the Crown have to be brought in the Federal Court which, under s. 17(1) and (2) of the *Federal Court Act*, has exclusive jurisdiction in such matters. If the Crown cannot take third party proceedings in the Federal Court, where the claim against it is based on negligence, it would mean that the whole issue would have to be retried in another court. In Ontario, at least, where a Crown claim for contribution was based on the Ontario *Negligence Act*, in the light of the *Cohen v. McCord* case, this could not be done and the Crown would be without a remedy.

In my opinion, the appeal should be allowed and the judgment of the Federal Court of Appeal set aside. I would direct that the Crown's third party notice be restored. The Crown should be entitled to costs as against Fuller in this Court and in the Courts below.

The judgment of Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte and McIntyre JJ. was delivered by

PIGEON J.—A special feature of the constitution enacted for Canada by the *British North America Act* is the provision for provincial superior courts of general jurisdiction to be established in cooperation by each province and by the federal authority. While it is usual to refer to these courts as provincial, they are so only in a limited sense.

Majesté et ce jugement serait une déclaration de «droit fédéral». A mon avis, cela constitue un fondement suffisant pour établir la compétence de la Cour fédérale à connaître de la demande de mise en cause en vertu de l'al. 17(4)a) de la *Loi sur la Cour fédérale*, dont voici le texte:

(4) La Division de première instance a compétence concurrente en première instance

a) dans les procédures d'ordre civil dans lesquelles la Couronne ou le procureur général du Canada demande redressement; et

b) dans les procédures dans lesquelles on cherche à obtenir un redressement contre une personne en raison d'un acte ou d'une omission de cette dernière dans l'exercice de ses fonctions à titre de fonctionnaire ou préposé de la Couronne.

Mon opinion à cet égard est renforcée par un examen de la conséquence plutôt alarmante qui découlerait de l'autre point de vue. Les poursuites contre Sa Majesté doivent être intentées en Cour fédérale qui, en vertu des par. 17(1) et (2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, a compétence exclusive à leur égard. Si Sa Majesté ne peut engager de procédures de mise en cause devant la Cour fédérale, lorsque la réclamation contre elle est fondée sur la négligence, cela signifiera que toute la question devra être réentendue par une autre cour. En Ontario du moins, si Sa Majesté fondait une demande de contribution sur *The Negligence Act* de l'Ontario, étant donné l'arrêt *Cohen v. McCord*, elle ne pourrait se faire entendre et n'aurait plus aucun recours.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et d'ordonner que l'avis de Sa Majesté à la tierce partie soit rétabli. Sa Majesté aura droit à ses dépens contre Fuller en cette Cour et dans les cours d'instance inférieure.

Version française du jugement des juges Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte et McIntyre rendu par

LE JUGE PIGEON—Un trait particulier de la constitution que l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* a édictée pour le Canada est la disposition qui prévoit, avec la coopération de chaque province et de l'autorité fédérale, l'établissement de cours supérieures provinciales de juridiction générale. Bien qu'on ait coutume de les appeler des

Under s. 96 the federal government plays the most important role in their establishment: the appointment of the judges and, under s. 100, their salaries are fixed and provided by Parliament. As was aptly said in *Valin v. Langlois*⁶, (at pp. 19-20):

... These courts are surely bound to execute all laws in force in the Dominion, whether they are enacted by the Parliament of the Dominion or by the Local Legislatures, respectively. They are not mere local courts for the administration of the local laws passed by the Local Legislatures of the Provinces in which they are organized. They are the courts which were the established courts of the respective Provinces before Confederation, ... They are the Queen's Courts, bound to take cognizance of and execute all laws, whether enacted by the Dominion Parliament or the Local Legislatures, ...

The reason for such provincial courts of general jurisdiction is well known, it was a desire to avoid the difficulties of divided jurisdiction. However, Parliament was empowered by s. 101 to establish not only a "General Court of Appeal for Canada", but also "additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada". As a result of the extensive jurisdiction conferred upon the Federal Court of Canada under the authority of this provision, some of the difficulties that were sought to be avoided by a system of courts of general jurisdiction have now to be faced. It is settled that in s. 101 the expression "Laws of Canada" means laws enacted by Parliament. However, the present case shows that problems remain in the application of this principle.

Foundation Company of Canada Limited ("Foundation") has filed a claim against the Government of Canada for alleged breaches of a building contract and negligence in respect of blasting operations carried on by another contractor, Thomas Fuller Construction Co. (1958) Limited ("Fuller"). The legal basis of this claim is obviously the *Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38, a law of Canada. Before filing a statement of

⁶ (1879), 3 S.C.R. 1.

cours provinciales, elles ne le sont que dans un certain sens. En vertu de l'art. 96, c'est le gouvernement fédéral qui joue le rôle le plus important dans leur établissement: la nomination des juges dont, en vertu de l'art. 100, les salaires sont fixés et payés par le Parlement. Comme on l'a dit avec justesse dans *Valin c. Langlois*⁶, (aux pp. 19 et 20):

[TRADUCTION] ... Ces tribunaux sont certainement tenus d'appliquer toutes les lois en vigueur au Canada, qu'elles soient édictées par le Parlement du Canada ou par les législatures locales. Ce ne sont pas de simples tribunaux locaux chargés de l'application des lois locales adoptées par les législatures locales des provinces où ils ont été constitués. Ce sont les tribunaux qui existaient dans les provinces respectives avant la Confédération ... Ce sont les tribunaux de la Reine, tenus de prendre connaissance de toutes les lois et de les appliquer, soit qu'elles aient été adoptées par le Parlement du Canada ou par les législatures locales ...

La raison d'être de ces cours provinciales de juridiction générale est bien connue, c'est le désir d'éviter les difficultés qu'occasionne le partage de juridiction. Cependant, le Parlement peut, en vertu de l'art. 101, établir non seulement une «cour générale d'appel pour le Canada» mais également «des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada». En raison de la vaste compétence accordée à la Cour fédérale du Canada en vertu de cette disposition, il faut maintenant faire face à certaines des difficultés que l'on avait voulu éviter par un système de cours de juridiction générale. Il est établi qu'à l'art. 101, l'expression «lois du Canada» signifie les lois édictées par le Parlement. Cependant, la présente affaire montre qu'il subsiste des problèmes dans l'application de ce principe.

Foundation Company of Canada Limited («Foundation») a produit une réclamation contre le gouvernement du Canada en alléguant violation d'un contrat de construction et négligence dans des opérations de dynamitage effectuées par un autre entrepreneur, Thomas Fuller Construction Co. (1958) Limited («Fuller»). Le fondement juridique de cette réclamation est manifestement la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970,

⁶ (1879), 3 R.C.S. 1.

defence, the Crown has filed against Fuller a third party notice the material part of which reads:

TAKE NOTICE that this action has been brought by the Plaintiff against the Defendant for recovery of damages in respect of loss alleged to have been sustained by the Plaintiff in respect of damage to a foundation wall at the site of the construction of the Research Centre of the Health Protection Branch of the Department of National Health and Welfare at Tunney's Pasture in the City of Ottawa in the Province of Ontario on or about October 23, 1974. The claim of the Plaintiff is set out in the Statement of Claim herein, a copy of which is served with this Notice.

The Deputy Attorney General of Canada, on behalf of the Defendant, claims the Defendant is entitled to be indemnified by you against liability to the Plaintiff pursuant to the contract between the Defendant and yourself entered into on or about July 8, 1974 for the extension of site services at the Research Centre of the Health Protection Branch of the Department of National Health and Welfare at Tunney's Pasture in the City of Ottawa, in the Province of Ontario, on the ground that the damage to a foundation wall as aforesaid was caused by, arose out of, was related to, or was occasioned by your activities in executing work under that contract.

The Deputy Attorney General of Canada, on behalf of the Defendant, claims the Defendant is entitled to contribution from you pursuant to *The Negligence Act* R.S.O. 1970, Chapter 296, on the ground that any damage or loss suffered by the Plaintiff in respect of the damage to a foundation wall as aforesaid was caused by your negligence or the negligence of your officers, servants, and agents, all acting within the course of their employment, for whose negligence you are responsible.

This Third Party Notice was struck out by Décary J. on the basis that there was no federal law invoked to support the jurisdiction of the Court to entertain it. This judgment was affirmed by the Federal Court of Appeal⁷ Jackett C.J., saying in particular (at p. 879):

In my view, for purposes of section 101, an action and a third party proceeding are two separate proceedings; and, for the Federal Court to have jurisdiction in either proceeding, that proceeding must be to enforce a right conferred by a "federal law". Furthermore, in my view,

⁷ [1979] 1 F.C. 877.

chap. C-38, une loi du Canada. Avant de produire sa défense, Sa Majesté a produit contre Fuller un «avis à la tierce partie», dont voici l'essentiel:

[TRADUCTION] SACHEZ que la présente action a été intentée par la demanderesse contre la défenderesse et vise le recouvrement de dommages-intérêts pour la perte que la demanderesse aurait subie quand des dommages ont été causés à un mur de fondation sur le chantier de construction du centre de recherches de la Direction générale de la protection de la santé du ministère de la Santé nationale et du Bien-être social à Tunney's Pasture, dans la ville d'Ottawa, province d'Ontario, le 23 octobre 1974 ou vers cette date. La réclamation de la demanderesse est énoncée dans la déclaration ci-incluse, dont copie est signifiée avec le présent avis.

Le sous-procureur général du Canada, au nom de la défenderesse, soutient que la défenderesse a droit à une indemnisation de votre part pour sa responsabilité envers la demanderesse en vertu du contrat intervenu entre la défenderesse et vous-même le 8 juillet 1974 ou vers cette date, pour l'agrandissement de l'infirmerie au centre de recherches de la Direction générale de la protection de la santé, du ministère de la Santé nationale et du Bien-être social à Tunney's Pasture, ville d'Ottawa, province d'Ontario, au motif que les dommages susmentionnés au mur de fondation ont été causés, ou occasionnés par vos activités dans l'exécution des travaux visés à ce contrat, ou qu'ils en sont le résultat ou y sont reliés.

Le sous-procureur général du Canada, au nom de la défenderesse, soutient que la défenderesse a droit à une contribution de votre part en vertu de *The Negligence Act* R.S.O. 1970, chap. 296, pour le motif que tout dommage ou perte subi par la demanderesse résultant des dommages susmentionnés à un mur de fondation a été causé par votre négligence ou la négligence de vos préposés, employés et agents, agissant tous dans le cadre de leur emploi, dont vous êtes responsable de la négligence.

Le juge Décary a radié cet «avis à la tierce partie» pour le motif qu'aucune loi fédérale n'avait été invoquée à l'appui de la compétence de la Cour pour en connaître. Ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel fédérale⁷, le juge en chef Jackett disant en particulier (à la p. 879):

A mon avis, pour les fins de l'article 101, une action et une procédure relative à tierce partie constituent deux instances distinctes et, pour que la Cour fédérale soit compétente pour connaître de l'une et l'autre, chacune doit viser à faire appliquer un droit conféré par le «droit

⁷ [1979] 1 C.F. 877.

the third party proceeding in this case is to enforce a right claimed to have been conferred by the ordinary provincial law of contract as applicable between subject and subject or by the *Ontario Negligence Act*, neither of which is a "federal law"; and in my view, such a claim does not become a claim based on a "federal law" because the operation of a federal law enters into the creation of the conditions precedent to the existence of the right that is being claimed under the provincial law. (Foot-note omitted)

In my view, the first statement rests on conclusive authority. In *The Bank of Montreal v. The Royal Bank of Canada*⁸, the Crown was claiming from the Bank of Montreal in the Exchequer Court the reimbursement of cheques drawn on it and paid on forged endorsements. By third party notice, the Bank was claiming indemnity from the Royal Bank of Canada as a prior endorser. Duff C.J. said, giving the unanimous judgment of the Court (at pp. 315-316):

... The Supreme Court of Ontario has jurisdiction, by virtue of the statutes and rules by which it is governed, to entertain and dispose of claims in what are known as third party proceedings. Claims for indemnity, for example, from a third party, by a defendant in respect of the claim in the principal action against him, can be preferred and dealt with in the principal action. But there can be no doubt that the proceedings against the third party is a substantive proceeding and not a mere incident of the principal action. These rules are in essence rules of practice, not of law, introduced for the purpose of convenience and to prevent circuitry of proceedings. We think, therefore, that section 30, in virtue of the sub-paragraph mentioned, by which the Exchequer Court possesses "concurrent original jurisdiction * * * in * * * actions * * * of a civil nature * * * in which the Crown is plaintiff," does not make it competent to the Exchequer Court to deal with the claim in question.

The remaining point concerns the language of sub-paragraph (a) by force of which the Court is given jurisdiction in all cases relating to the revenue in which it is sought to enforce any law of Canada * * *

We do not doubt that the words "to enforce any law of Canada" would have, standing alone, sufficient scope to

⁸ [1933] S.C.R. 311.

fédéral». De plus, à mon avis, la procédure relative à tierce partie engagée en l'espèce vise à faire appliquer un droit soi-disant créé soit par le droit commun provincial des contrats applicable entre personnes privées, soit par *The Negligence Act* de l'Ontario; ni l'un ni l'autre ne font partie du «droit fédéral» et, à mon avis, ce genre de demande ne devient pas une demande fondée sur le «droit fédéral» simplement parce qu'il faut l'opération d'une règle de droit fédérale pour que soient réalisées les conditions nécessaires à la naissance du droit que l'on réclame en vertu de la loi provinciale. (Renvoi omis.)

A mon avis, le premier énoncé est fondé sur une autorité concluante. Dans *Banque de Montréal c. Banque Royale du Canada*⁸, Sa Majesté réclamait à la Banque de Montréal, devant la Cour de l'Échiquier, le remboursement de chèques tirés sur elle et payés sur de faux endossements. Par «avis à tierce partie», la Banque réclamait une indemnité à la Banque Royale du Canada en tant qu'endorseur précédent. Le juge en chef Duff a dit, rendant le jugement unanime de la Cour (aux pp. 315 et 316):

[TRADUCTION] ... La Cour suprême de l'Ontario est compétente, en vertu des lois et des règles qui la régissent, pour connaître et juger de demandes présentées au moyens de procédures dites de mise en cause. Les demandes d'indemnisation que, par exemple, un défendeur présente contre un tiers, relativement à la réclamation dont il fait l'objet dans l'action principale peuvent être présentées et jugées dans l'action principale. Mais il n'y a aucun doute que la procédure contre le tiers est une nouvelle instance et non un simple incident de l'action principale. Les règles sont essentiellement des règles de pratique, non des règles de droit; elles ont été introduites pour la commodité et pour éviter le circuit d'actions. Nous estimons, par conséquent, que l'art. 30, compte tenu de l'alinéa mentionné, en vertu duquel la Cour de l'Échiquier a «compétence concurrente * * * en première instance dans toutes * * * actions * * * d'ordre civil * * * dans lesquelles la Couronne est demanderesse,» ne rend pas la Cour de l'Échiquier compétente pour connaître de la demande en question.

Le dernier point concerne le texte de l'al. a) aux termes duquel la Cour a compétence dans tous les cas se rattachant au revenu où il s'agit d'appliquer quelque loi du Canada * * *

Nous ne doutons pas que les mots «appliquer quelque loi du Canada» auraient, par eux-mêmes, une portée suffi-

⁸ [1933] R.C.S. 311.

include a claim under section 50 of the *Bills of Exchange Act*. No doubt the principal action is strictly within the words "cases relating to the revenue." There is also, no doubt, a sense in which the third party claim relates to the revenue since it is a claim to have the third party indemnify the defendant in respect of a debt which the defendant is called upon to pay to the Crown. There is a great deal to be said also on grounds of convenience in favour of investing the Court with jurisdiction to entertain such claims for indemnity. On the whole, however, we think, having regard to the context, that this claim is not within the intendment of sub-paragraph (a). (Underlining added).

In *McNamara Construction v. The Queen*⁹, it was held that the Crown could not bring action for breach of a construction contract in the Federal Court. Laskin C.J. said, speaking for the Court, (at p. 662) after referring to a passage in *Quebec North Shore Paper Company v. Canadian Pacific Limited*¹⁰ (at p. 1063):

This passage cannot be taken as saying that it is enough that the Crown is a party to a contract, on which it is suing as a plaintiff, to satisfy the requirement of applicable federal law. The situation is different if Crown liability is involved because in that respect there were existing common law rules respecting Crown liability in contract and immunity in tort, rules which have been considerably modified by legislation. Where it is not the Crown's liability that is involved but that of the other party to a bilateral contract, a different situation prevails as to the right of the Crown to compel that person to answer to process issued out of the Federal Court.

At the end of this judgment Laskin C.J., after concluding that the statements of claim should be struck out, added (at p. 664):

... In view of this conclusion, the consequential proceedings between the co-defendants and the third party proceedings must likewise fall, and it is unnecessary to deal with the issues raised as to their validity or propriety. I would, however, observe that if there had been jurisdiction in the Federal Court there could be some likelihood of proceedings for contribution or indemnity being similarly competent, at least between the parties,

⁹ [1977] 2 S.C.R. 654.

¹⁰ [1977] 2 S.C.R. 1054.

sante pour inclure une réclamation en vertu de l'art. 50 de la *Loi sur les lettres de change*. Il n'y a aucun doute que l'action principale est précisément prévue par les mots «des cas se rattachant au revenu.» Il y a également, sans aucun doute, un sens dans lequel la réclamation contre le tiers se rattache au revenu puisqu'il s'agit d'une réclamation visant à ce que le tiers indemnise la défenderesse à l'égard d'une dette que la défenderesse est requise de payer à Sa Majesté. On pourrait également invoquer plusieurs raisons pratiques favorables à l'attribution à la Cour de la compétence pour connaître de ces demandes d'indemnisation. Tout bien considéré, cependant, nous estimons, compte tenu du contexte, que la présente demande n'entre pas dans le cadre de l'al. a). (C'est moi qui souligne.)

Dans *McNamara Construction c. La Reine*⁹, on a jugé que Sa Majesté ne pouvait intenter devant la Cour fédérale une action pour inexécution d'un contrat de construction. Le juge en chef Laskin a dit, au nom de la Cour, (à la p. 662) après avoir cité un passage de *Quebec North Shore Paper Company c. Canadien Pacifique Limitée*¹⁰ (à la p. 1063):

On ne peut conclure de cet extrait qu'il suffit à la Couronne d'être partie à un contrat qu'elle invoque dans son action à titre de demanderesse pour que l'exigence relative à la législation fédérale applicable soit remplie. La situation est différente si la responsabilité de la Couronne est en cause car il existe des règles de *common law* en matière de responsabilité contractuelle et de non-responsabilité délictuelle de la Couronne, règles cependant considérablement modifiées par la législation. Lorsqu'il ne s'agit pas de la responsabilité de la Couronne mais de celle de l'autre partie à un contrat bilatéral, la situation n'est plus la même quant au droit de la Couronne d'obliger cette personne à agir en défense dans une action intentée en Cour fédérale.

A la fin de son jugement, après avoir conclu que les déclarations devaient être radiées, le juge en chef Laskin a ajouté (à la p. 664):

... Compte tenu de cette conclusion, les procédures résultantes entre co-défendeurs et les procédures de mise en cause doivent être tenues pour invalides et il n'est pas nécessaire de traiter de leur validité ou de leur opportunité. Je tiens toutefois à souligner que si la Cour fédérale avait eu compétence, il est assez vraisemblable que les demandes de contributions ou d'indemnités auraient été recevables, du moins entre les parties, dans la mesure où

⁹ [1977] 2 R.C.S. 654.

¹⁰ [1977] 2 R.C.S. 1054.

in so far as the supporting federal law embraced the issues arising therein

The question in the present case is, as I see it, "Does federal law embrace the issues on the third party notice?" In my view it does not. The *Crown Liability Act* deals only with the liability which is asserted in the main action. While without such liability there would be no claim over, such claim does not arise out of this liability but only out of the contract and of the *Negligence Act*. It appears to me that the reasoning in *The Bank of Montreal* case is applicable *a fortiori*. In that case as in the instant case the defendant could not claim against the third party unless it was found liable to the plaintiff and it was accepted that the claim for such liability was within the jurisdiction. However, it was held that this did not bring in the claim against the third party because "this is a substantive proceeding and not a mere incident of the principal action". In *The Bank of Montreal* case both claims arose under federal law, the *Bills of Exchange Act*, and, therefore, the third party claim could have been brought within the jurisdiction of the Exchequer Court by appropriate legislation as s. 23 of the *Federal Court Act* now does. But, although there was no constitutional difficulty, this Court declined to construe the legislation giving jurisdiction over the claim in the main action as extending to the claim for indemnity against a third party. What I have quoted shows that the Court was conscious of the inconvenience resulting from this conclusion. However, it did not feel that this authorized the extension of the general jurisdiction of the federal tribunal by implication. In the present case the objection to the jurisdiction is not founded on the construction of the statute, but arises out of the constitutional restriction of Parliament's power which, as concerns the Canadian judiciary, restricts it to the establishment of "Courts for the better Administration of the Laws of Canada". In the present case the laws on which the third party notice is founded are not those of Canada but those of the Province of Ontario.

la législation fédérale pertinente s'appliquait aux questions soulevées en l'espèce. . . .

A mon avis, la question en l'espèce est: «Le litige soulevé par l'«avis à la tierce partie» relève-t-il du droit fédéral?» A mon avis il n'en relève pas. La *Loi sur la responsabilité de la Couronne* porte seulement sur la responsabilité qui est invoquée dans l'action principale. Il est vrai qu'il n'y aurait pas de demande d'indemnisation sans cette responsabilité, mais cette demande ne découle pas de cette responsabilité mais seulement du contrat et de *The Negligence Act*. Le raisonnement dans l'arrêt *Banque de Montréal* me paraît s'appliquer *a fortiori*. Dans cette affaire, comme dans la présente, la défenderesse ne pouvait rien recouvrer du tiers à moins d'être jugée responsable envers la demanderesse et il était admis que la demande visant cette responsabilité relevait de la compétence de la Cour. Cependant, on a jugé que cela ne donnait pas lieu à la demande contre le tiers parce que [TRADUCTION] «c'est une nouvelle instance et non un simple incident de l'action principale». Dans l'arrêt *Banque de Montréal* les deux demandes découlaient du droit fédéral, la *Loi sur les lettres de change* et, par conséquent, la demande contre le tiers aurait pu relever de la compétence de la Cour de l'Échiquier en vertu d'un texte de loi approprié, comme l'art. 23 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Mais, malgré l'absence d'obstacle constitutionnel, cette Cour a refusé d'interpréter la loi qui donnait compétence sur la réclamation objet de l'action principale de façon à l'étendre à une demande d'indemnisation formée contre un tiers. Le passage que j'ai cité montre que la Cour était consciente de l'inconvénient qu'entraînait cette conclusion. Mais, elle n'a pas cru que cela lui permettait d'étendre par implication la compétence générale du tribunal fédéral. En l'espèce, l'objection à la compétence n'est pas fondée sur l'interprétation de la loi, mais découle de la restriction constitutionnelle du pouvoir du Parlement laquelle, en ce qui a trait au système judiciaire canadien, le limite à l'établissement de «tribunaux . . . pour la meilleure administration des lois du Canada». En l'espèce, les lois sur lesquelles se fonde l'«avis à la tierce partie» ne sont pas celles du Canada mais celles de la province de l'Ontario.

In so far as the third party notice is based on negligence, it is alleged on behalf of the Crown that the remedy sought cannot be otherwise obtained and reference is made to the judgments of the Ontario Court of Appeal in *Cohen v. McCord*¹¹ and *Rickwood v. Town of Aylmer*¹². In the first case, it was held that when a plaintiff had abandoned his action against one of two defendants charged with negligence, the remaining defendant could not after judgment claim contribution from the other. In the second case, the plaintiff and two defendants had been held guilty of negligence in varying degrees. One of the two defendants having counter-claimed against the plaintiff and obtained partial recovery accordingly, the plaintiff was held to be prevented from recovering a contribution from the other defendant in proportion to this defendant's degree of negligence, for the sole reason that he had failed to claim such contribution before judgment was rendered on the main action. I am not at all sure that the construction of the statute which gave this unsatisfactory result was correct. Section 2 of the *Negligence Act* is an enactment dealing with substantive law and nothing in my view shows an intention that the procedural provisions in other sections of the Act operate to circumscribe its application. When the *Cohen* case was decided those procedural provisions did not contemplate a claim for contribution based on a settlement. It seems to me that the addition of this provision shows that the right of contribution created by s. 2 is not procedure dependent but a substantive right: it may be enforced even when the liability of the tort-feasor claiming contribution is determined by a settlement rather than by judgment in an action. In a recent case the narrow view of the effect of a statutory alteration of the law in respect of ground water was overruled (*National Capital Commission v. Pugliese*¹³).

Even if I had to accept the view taken by the Ontario Court of Appeal of the effect of the *Negligence Act*, I would not agree that this could justify a conclusion that the Crown must be

Dans la mesure où «l'avis à la tierce partie» est fondé sur la négligence, on prétend, au nom de Sa Majesté, que le redressement demandé ne peut être obtenu autrement et on fait référence aux arrêts de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Cohen v. McCord*¹¹ et *Rickwood v. Town of Aylmer*¹². Dans la première affaire, on a jugé que lorsqu'un demandeur se désiste de son action contre l'un des deux défendeurs accusés de négligence, celui qui reste ne peut, après condamnation, réclamer contribution de l'autre. Dans la deuxième affaire, le demandeur et les deux défendeurs avaient été jugés coupables de négligence à des degrés différents. L'un des deux défendeurs ayant présenté une demande reconventionnelle contre le demandeur et obtenu un recouvrement partiel en conséquence, on a statué que le demandeur ne pouvait recouvrer de l'autre défendeur une contribution proportionnelle au degré de négligence de ce défendeur pour la seule raison qu'il n'avait pas réclamé cette contribution avant le prononcé du jugement dans l'action principale. Je ne suis pas du tout certain que l'interprétation de la loi qui a entraîné ce résultat insatisfaisant soit correcte. L'article 2 de *The Negligence Act* énonce une règle de fond et rien à mon avis ne révèle l'intention que les dispositions de procédure contenues ailleurs dans la Loi aient pour effet d'en limiter l'application. Lorsque l'arrêt *Cohen* a été rendu, ces dispositions de procédure ne prévoyaient pas une demande de contribution fondée sur une transaction. Il me semble que l'addition de cette disposition montre que le droit à la contribution créé par l'art. 2 n'est pas subordonné à la procédure mais est un droit positif: il peut être exercé même lorsque la responsabilité de celui qui réclame contribution est déterminée par une transaction plutôt que par jugement. Un arrêt récent a infirmé l'interprétation stricte de l'effet d'une modification du droit à l'eau souterraine: (*La Commission de la Capitale nationale c. Pugliese*¹³).

Même s'il me fallait endosser l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario sur l'effet de *The Negligence Act*, je n'admettrais pas que cela puisse justifier la conclusion que Sa Majesté doit pouvoir

¹¹ [1944] O.R. 568.

¹² (1957), 8 D.L.R. (2d) 702.

¹³ [1979] 2 S.C.R. 104.

¹¹ [1944] O.R. 568.

¹² (1957), 8 D.L.R. (2d) 702.

¹³ [1979] 2 R.C.S. 104.

allowed to institute third party proceedings in the Federal Court so as not to be deprived of the benefit of *The Negligence Act*. It must be considered that the basic principle governing the Canadian system of judicature is the jurisdiction of the superior courts of the provinces in all matters federal and provincial. The federal Parliament is empowered to derogate from this principle by establishing additional courts only for the better administration of the laws of Canada. Such establishment is not therefore necessary for the administration of these laws. Consequently, I fail to see any basis for the application of the ancillary power doctrine which is limited to what is truly necessary for the effective exercise of Parliament's legislative authority. If it is considered desirable to be able to take advantage of provincial legislation on contributory negligence which is not meant to be exercised outside the courts of the province, the proper solution is to make it possible to have those rights enforced in the manner contemplated by the general rule of the Constitution of Canada, that is before the superior court of the province.

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs, MARTLAND J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Roger Tassé, Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.: Hewitt, Hewitt, Nesbitt & Reid, Ottawa.

instituer des procédures de mise en cause devant la Cour fédérale afin de ne pas être privée du bénéfice de *The Negligence Act*. Il faut tenir compte de ce que le principe fondamental régissant le système judiciaire canadien est la compétence des cours supérieures des provinces sur toutes questions de droit fédéral et provincial. Le Parlement fédéral a le pouvoir de déroger à ce principe en établissant des tribunaux additionnels seulement «pour la meilleure administration des lois du Canada». L'établissement de ces tribunaux n'est donc pas nécessaire pour mettre ces lois à exécution. Par conséquent, je ne vois aucun fondement à l'application de la doctrine du pouvoir accessoire qui est limitée à ce qui est vraiment nécessaire à l'exercice efficace de l'autorité législative du Parlement. Si l'on estime souhaitable d'être en mesure d'invoquer une loi provinciale sur la négligence contributive qui n'est susceptible d'application que devant les cours de la province, la solution appropriée est de rendre possible l'exercice de ce droit de la manière prévue à la règle générale de la Constitution du Canada, c'est-à-dire devant la cour supérieure de la province.

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

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge MARTLAND étant dissident.

Procureur de l'appelante: Roger Tassé, sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimée Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.: Hewitt, Hewitt, Nesbitt & Reid, Ottawa.

Joseph Nagotcha *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1980: February 7; 1980: March 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Murder — Evidence — Admissibility of statements — Inculpatory statements made by paranoid schizophrenic — Accused fit to stand trial after treatment — Defence of insanity not raised.

Appellant was convicted of non-capital murder. The conviction was affirmed by the Ontario Court of Appeal without reasons. On appeal to the Supreme Court of Canada the sole issue was whether the trial judge had erred in law in admitting in evidence, after a *voir dire*, certain inculpatory statements made by the accused on the day of his arrest, and a few months later when he was being taken on remand to a mental health centre. Appellant did not give evidence on the *voir dire* or before the jury. On the *voir dire* the sole defence evidence was from a psychiatrist who diagnosed the appellant as a paranoid schizophrenic. The accused was later regarded as fit to stand trial.

Held: The appeal should be dismissed.

It is not an invariable rule that inculpatory statements by an insane man are *ipso facto* inadmissible. There was here evidence upon which the trial judge could act in holding the statements in question admissible. Guidance as to the proper test of voluntariness to be applied in such cases by the trial judge is to be found in both *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30, and *R. v. Santinon* (1973), 11 C.C.C. (2d) 121, the underlying and controlling question being "is the statement freely and voluntarily made". A trial judge is not bound by a fixed formula when he considers whether to admit inculpatory statements of an accused who is allegedly insane, so long as he addresses himself to the proper considerations, as was done in this case.

Sinclair v. The King (1946), 73 C.L.R. 316; *R. v. Basto* (1954), 91 C.L.R. 628; *R. v. Santinon* (1973), 11

Joseph Nagotcha *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1980: 7 février; 1980: 3 mars.

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

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

Droit criminel — Meurtre — Preuve — Admissibilité des déclarations — Déclarations incriminantes faites par un schizophrène paranoïaque — Accusé capable de subir son procès après traitement — Défense d'aliénation pas invoquée.

L'appelant a été déclaré coupable de meurtre non qualifié. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la déclaration de culpabilité, sans motifs écrits. Dans le pourvoi à la Cour suprême du Canada, la seule question en litige est de savoir si le juge du procès a commis une erreur de droit en admettant en preuve, après un *voir dire*, certaines déclarations incriminantes faites par l'accusé le jour de son arrestation et quelques mois plus tard lorsqu'il a été renvoyé à un centre psychiatrique. L'appelant n'a pas témoigné au *voir dire* ni devant le jury. La seule preuve soumise par la défense au *voir dire* est le témoignage d'un psychiatre qui a diagnostiqué que l'appelant souffrait de schizophrénie paranoïaque. Plus tard l'accusé a été jugé capable de subir son procès.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Ce n'est pas une règle invariable que les déclarations incriminantes d'un aliéné sont *ipso facto* inadmissibles. Il y avait en l'espèce des éléments de preuve sur lesquels le juge du procès pouvait se fonder pour décider que les déclarations en question étaient admissibles. Dans les arrêts *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30 et *R. v. Santinon* (1973), 11 C.C.C. (2d) 121, on trouve un guide quant au critère approprié du caractère volontaire que le juge du procès doit appliquer dans de tels cas et la question fondamentale et décisive est «la déclaration a-t-elle été faite librement et volontairement»? Un juge de première instance n'est pas lié par une formule fixe lorsqu'il décide s'il doit admettre les déclarations incriminantes d'un accusé présumément aliéné du moment qu'il tient compte des éléments appropriés, ce qu'il a fait en l'espèce.

Arrêts appliqués: *Sinclair v. The King* (1946), 73 C.L.R. 316; *R. v. Basto* (1954), 91 C.L.R. 628; *R. v.*

C.C.C. (2d) 121; *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30; *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262, applied.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario dismissing without recorded reasons an appeal from a conviction of non-capital murder. Appeal dismissed.

John Hornak, for the appellant.

S. Casey Hill, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The accused was convicted of non-capital murder after trial before O'Driscoll J. and a jury. The conviction was affirmed by the Ontario Court of Appeal which found it unnecessary to deliver any reasons. On appeal to this Court, by its leave, the sole issue was whether the trial Judge had erred in law in admitting in evidence, after a *voir dire*, certain inculpatory statements made by the accused on the day of his arrest and a few months later when he was being taken to the mental health centre at Penetanguishene after being remanded there on the order of a Provincial Court Judge.

The accused did not give evidence on the *voir dire* or before the jury. The sole defence evidence on the *voir dire* was given by Dr. R. L. Fleming, a psychiatrist at the mental health centre, who diagnosed the accused as a paranoid schizophrenic. Although he testified that the accused was not fit to stand trial when he saw him at Penetanguishene on December 16, 1975, the accused's condition improved with treatment, and no issue was raised as to his fitness for trial when it began on April 27, 1976. Insanity was not raised as a defence.

It was the contention of counsel for the accused that the trial Judge had applied the wrong test in law in holding that the inculpatory statements were admissible in evidence. This was his principal ground of appeal although he also urged that the evidence on the *voir dire* was too "meagre" to

Santinon (1973), 11 C.C.C. (2d) 121; *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30; *Boudreau c. Le Roi*, [1949] R.C.S. 262.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté sans motifs écrits un appel d'une déclaration de culpabilité de meurtrier non qualifié. Pourvoi rejeté.

John Hornak, pour l'appellant.

S. Casey Hill, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—L'accusé a été déclaré coupable de meurtre non qualifié au terme d'un procès devant le juge O'Driscoll et un jury. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la déclaration de culpabilité et n'a pas jugé nécessaire de donner des motifs. Dans le pourvoi à cette Cour, sur son autorisation, la seule question en litige est de savoir si le juge du procès a commis une erreur de droit en admettant en preuve, après un voir dire, certaines déclarations incriminantes faites par l'accusé le jour de son arrestation et quelques mois plus tard alors qu'on l'amenait au centre psychiatrique de Penetanguishene après qu'il y eut été renvoyé sur l'ordre d'un juge de la Cour provinciale.

L'accusé n'a pas témoigné au voir dire ni devant le jury. La seule preuve soumise par la défense au voir dire est le témoignage du Dr. R. L. Fleming, un psychiatre du centre psychiatrique, qui a diagnostiqué que l'accusé souffrait de schizophrénie paranoïaque. Bien qu'il ait témoigné que l'accusé était incapable de subir son procès lorsqu'il l'a vu à Penetanguishene le 16 décembre 1975, l'état de l'accusé s'est amélioré à la suite de traitements, et l'on n'a pas contesté sa capacité de subir son procès lorsqu'il a commencé le 27 avril 1976. L'aliénation mentale n'a pas été invoquée en défense.

L'avocat de l'accusé a soutenu que le juge du procès a appliqué le mauvais critère juridique en statuant que les déclarations incriminantes étaient admissibles en preuve. C'est son principal moyen d'appel bien qu'il ait aussi fait valoir que la preuve au voir dire était trop «maigre» pour justifier une

warrant a ruling of admissibility. He also suggested as well that this Court should hold that no inculpatory statement by an insane person should be admitted in evidence, even if there was no promise of benefit or inducement or threat by a person in authority, but later abandoned this position.

It is clear that there was evidence upon which the trial Judge could act in holding that the inculpatory statements were admissible, and it would be going too far to hold, as an invariable rule, that inculpatory statements by an insane man were *ipso facto* inadmissible: see *Sinclair v. The King*¹, *R. v. Basto*². The main contention that the trial Judge had applied the wrong test of voluntariness, in respect of statements by a paranoid schizophrenic was based on an alleged distinction between the test expressed in *R. v. Santinon*³, a judgment of the British Columbia Court of Appeal and the test expressed by this Court in the judgment delivered by Spence J. in *Ward v. The Queen*⁴. O'Driscoll J. was said to have adopted the *Santinon* test, and it was submitted that the *Ward* case, which had not yet been decided at the time that the accused was tried, prescribed a different test, one more favourable to the accused. This is not the way that I read the two cases. In *Santinon*, Bull J.A., as he then was, said at p. 124 of 11 C.C.C. (2d):

The first proposition of the appellant on the first ground of appeal is that he was insane, and shown so to be on the *voire dire*, within the meaning of the definition in *Criminal Code*, section 16(2), in that he was incapable of appreciating the nature and quality of his acts, and while in that condition, any statement made by him could not be a free and voluntary one. The appellant's counsel bluntly put his primary proposition on the basis that any statement made by an insane man, whether to persons in authority or not, can never be admissible as being free and voluntary because of the lack of capacity. He was unable to refer us to any Canadian, English or Commonwealth authorities for such a proposition, and I am aware of none. In my view, the question of admissi-

décision d'admissibilité. Il a aussi prétendu que cette Cour devrait décider qu'aucune déclaration incriminante faite par un aliéné ne devrait être admise en preuve, même en l'absence d'une promesse d'avantage, d'une incitation ou d'une menace faite par une personne ayant autorité, mais il a abandonné cette position par la suite.

Il est clair qu'il y avait des éléments de preuve sur lesquels le juge du procès pouvait se fonder pour décider que les déclarations incriminantes étaient admissibles; ce serait aller trop loin que d'adopter, comme règle invariable, que les déclarations incriminantes d'un aliéné sont *ipso facto* inadmissibles: voir *Sinclair v. The King*¹, *R. v. Basto*². C'est sur une supposée distinction entre le critère formulé dans un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, *R. v. Santinon*³, et celui énoncé par cette Cour dans le jugement prononcé par le juge Spence dans *Ward c. la Reine*⁴, que se fonde l'argument principal que le juge du procès a appliqué le mauvais critère quant au caractère volontaire, à l'égard de déclarations faites par un schizophrène paranoïaque. On a dit que le juge O'Driscoll avait adopté le critère énoncé dans l'arrêt *Santinon*, et on a fait valoir que l'arrêt *Ward*, qui n'avait pas été rendu à l'époque où le procès de l'accusé a eu lieu, prescrit un critère différent, plus favorable à ce dernier. Ce n'est pas là mon interprétation de ces deux arrêts. Dans *Santinon*, le juge Bull, tel était alors son titre, a dit (à la p. 124 du recueil 11 C.C.C. (2d)):

[TRADUCTION] Le premier argument avancé par l'appelant sur le premier moyen d'appel est qu'il était aliéné, ce qui a été démontré au voir dire, au sens de la définition du par. 16(2) du *Code criminel*, en ce qu'il était incapable de juger la nature et la qualité de ses actes, et que pendant qu'il était dans cet état, aucune déclaration faite par lui ne pouvait être libre et volontaire. L'avocat de l'appelant a carrément fondé son argument principal sur ce qu'aucune déclaration faite par un aliéné, qu'elle soit faite à des personnes ayant autorité ou non, ne peut être admissible comme libre et volontaire à cause de l'absence de capacité. Il a été incapable de citer la moindre jurisprudence canadienne, anglaise, ou du Commonwealth à l'appui de cette propo-

¹ (1946), 73 C.L.R. 316.

² (1954), 91 C.L.R. 628.

³ (1973), 11 C.C.C. (2d) 121.

⁴ [1979] 2 S.C.R. 30.

¹ (1946), 73 C.L.R. 316.

² (1954), 91 C.L.R. 628.

³ (1973), 11 C.C.C. (2d) 121.

⁴ [1979] 2 R.C.S. 30.

bility of a statement of an accused depends on it being established that it was free and voluntary in the limited sense above, of not having been induced or obtained either by fear of prejudice or hope of advantage exercised or held out by a person in authority. That rule must, I think, be qualified to the extent that, having regard to the infinite degrees of insanity, if such incapacity is shown that the accused, for example, is so devoid of rationality and understanding, or so replete with psychotic delusions, that his uttered words could not fairly be said to be his statement at all, then it should not be held admissible. There may well be other similar situations. But I do not think it necessary to consider them because in this case it is clear that, whatever his mental condition, the appellant was well aware of what he was doing and saying to the police officers at the time of his interviews. The reliability of an admissible statement of an insane or mentally ill person is another matter which involves weight that is to be given to it by a jury, which is not concerned with the question of admissibility. I recognize that in many cases there would be no probative value whatsoever to the confession of an insane person. In result, I see no validity in the broad and all encompassing proposition that an insane man cannot make an admissible statement or confession, or put in converse form, that a confession of an insane man must not be admitted into evidence simply because of his insanity, even if it be voluntary within the proper meaning of that term as I have described. An insane person is not normally incapacitated because of insanity per se from giving sworn evidence as a witness and I can see no reason why his voluntary statements should be rendered inadmissible because of the same condition. Whether they should be believed is another matter entirely.

In the *Ward* case, Spence J. referred to the reasons of Rand J. in *Boudreau v. The King*⁵ at pp. 269-270 and underlined the last sentence in the passage, which was as follows: "The underlying and controlling question then remains, is the statement freely and voluntarily made". Spence J. then continued as follows (at p. 40 of [1979] 2 S.C.R.):

⁵ [1949] S.C.R. 262.

sition, et je n'en connais aucune. A mon avis, l'admissibilité d'une déclaration faite par un accusé est liée à la preuve du caractère libre et volontaire de celle-ci dans le sens restreint mentionné plus haut, savoir qu'elle n'a pas été provoquée ou obtenue par la crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensés ou promis par une personne ayant autorité. Il faut à mon avis restreindre la portée de cette règle dans la mesure où, compte tenu des degrés infinis d'aliénation, on ne devrait pas juger la déclaration de l'accusé admissible si l'on démontre une incapacité telle qu'il est, par exemple, à ce point privé de raison et d'entendement ou à ce point victime de fantasmes psychotiques que ses propos ne peuvent honnêtement être considérés comme sa déclaration. Il peut bien exister d'autres situations semblables. Mais je ne crois pas qu'il soit nécessaire de les examiner parce qu'en l'espèce, il est clair que l'appelant, quel qu'ait été son état mental, était bien conscient de ce qu'il faisait et de ce qu'il disait aux policiers au moment de ses interrogatoires. La crédibilité d'une déclaration admissible d'une personne aliénée ou souffrant de troubles mentaux est une toute autre question, celle du poids qu'un jury doit lui accorder, ce qui n'a rien à voir avec la question de l'admissibilité. Je reconnais que dans bien des cas la confession d'un aliéné n'aura pas la moindre valeur probante. En conséquence, je ne considère pas comme valide la proposition générale et exhaustive qu'un aliéné ne peut faire de déclaration ou de confession admissible, ou, réciproquement, que la confession d'un aliéné ne doit pas être admise en preuve simplement à cause de l'aliénation mentale de son auteur, même si elle est volontaire au bon sens du terme que je viens d'exposer. Habituellement l'aliénation mentale en soi ne rend pas un aliéné incapable de témoigner sous serment et je ne vois aucune raison pour laquelle ses déclarations volontaires devraient devenir inadmissibles à cause de cet état. La question de la crédibilité à leur accorder est une question entièrement différente.

Dans l'arrêt *Ward*, le juge Spence fait référence à un passage des motifs du juge Rand dans *Boudreau c. Le Roi*⁵, aux pp. 269 et 270, dont il souligne la dernière phrase qui se lit comme suit: [TRADUCTION] «La question fondamentale et décisive est donc celle-ci: La déclaration a-t-elle été faite librement et volontairement?». Le juge Spence a poursuivi ainsi (à la p. 40 du recueil [1979] 2 R.C.S.):

⁵ [1949] R.C.S. 262.

I have underlined the last sentence in Rand J.'s statement to indicate that in my view the examination of whether there was any hope of advancement or fear of prejudice moving the accused to make the statements is simply an investigation of whether the statements were "freely and voluntarily made". In my view, there is a further investigation of whether the statements were freely and voluntarily made even if no hope of advantage or fear of prejudice could be found in consideration of the mental condition of the accused at the time he made the statements to determine whether or not the statements represented the operating mind of the accused. In my view, Manning J. engaged in a consideration of both the mental and physical condition of the accused, firstly, to determine whether a person in his condition would be subject to hope of advancement or fear of prejudice in making the statements, when perhaps a normal person would not, and, secondly, to determine whether, due to the mental and physical condition, the words could really be found to be the utterances of an operating mind. Manning J. had a reasonable doubt of both issues and, therefore, found the statements to be inadmissible. It is not denied that a reasonable doubt on the part of the trial judge upon the issue is sufficient to justify his refusal to admit the statements in evidence.

O'Driscoll J. in considering whether the inculpatory statements of the accused were admissible quoted the passage reproduced above from the judgment of Bull J.A. in *Santinon* and concluded as follows:

Although the accused, in this case, according to the evidence of Doctor Fleming, was in an acute state when he saw him on December 16th 1975, I do not find on this evidence that he was so devoid of rationality and understanding, or so replete with psychotic delusions that his uttered words could not fairly be said to be his statements at all. Having come to that conclusion, it is my finding that the statements attributed to the accused on the airplane trip on December 11th, and in the police cruiser on the way to Penetanguishene should be admitted into evidence before the jury, and let the jury decide what reliability should be placed upon them, if any.

Merely because O'Driscoll J. did not use the words "operating mind", found in the reasons of Spence J. in the *Ward* case is no ground for saying that he used a wrong test. A trial Judge is not bound by a fixed formula when he considers whether to admit inculpatory statements so long as he addresses

J'ai souligné la dernière phrase de cet extrait pour indiquer qu'à mon avis, lorsque l'on cherche à savoir s'il y a eu espoir d'un avantage ou crainte d'un préjudice incitant l'accusé à faire des déclarations, on essaie simplement de savoir si les déclarations ont été «faites librement et volontairement». A mon avis, il faut en outre, même lorsqu'on ne peut établir qu'il y a eu espoir d'un avantage ou crainte d'un préjudice, se demander si les déclarations ont été faites librement et volontairement, compte tenu de l'état mental de l'accusé au moment où il les a faites pour déterminer si elles reflètent l'état d'esprit conscient de l'accusé. A mon avis, le juge Manning a pris en considération l'état physique et mental de l'accusé tout d'abord pour décider si une personne dans son état pouvait être influencée par l'espoir d'un avantage ou la crainte d'un préjudice en faisant les déclarations, alors qu'une personne normale ne l'aurait peut-être pas été et, deuxièmement, pour décider si, vu l'état mental et physique, on peut vraiment reconnaître dans ces paroles les propos d'un esprit totalement conscient. Le juge Manning avait un doute raisonnable sur ces deux points et a donc jugé les déclarations irrecevables. On ne nie pas qu'un doute raisonnable du juge du procès sur la question suffit à justifier son refus d'admettre les déclarations en preuve.

Dans l'examen de l'admissibilité des déclarations incriminantes de l'accusé, le juge O'Driscoll a cité le passage reproduit précédemment du jugement du juge Bull dans *Santinon* et a conclu ainsi:

[TRADUCTION] Quoique l'accusé, en l'espèce, selon le témoignage du Dr Fleming, ait été dans un état de crise lorsqu'il l'a vu le 16 décembre 1975, la preuve ne m'amène pas à conclure qu'il était à ce point privé de raison et d'entendement ou à ce point victime de fantasmes psychotiques que ses propos ne peuvent honnêtement être considérés comme ses déclarations. Étant venu à cette conclusion, je décide que les déclarations attribuées à l'accusé pendant le voyage en avion du 11 décembre et dans l'auto-patrouille en chemin vers Penetanguishene doivent être produites en preuve devant le jury à qui il incombera de décider de la crédibilité à leur accorder, s'il y a lieu.

Le seul fait que le juge O'Driscoll n'a pas employé l'expression «état d'esprit conscient» que l'on trouve dans les motifs du juge Spence dans l'affaire *Ward* n'est pas une raison de dire qu'il a utilisé le mauvais critère. Un juge de première instance n'est pas lié par une formule fixe lorsqu'il

himself to the proper considerations. This the trial Judge did in this case.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Petrone, Hatherly & Associates, Thunder Bay.

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

décide s'il doit admettre des déclarations incriminantes du moment qu'il tient compte des éléments appropriés. C'est ce que le juge du procès a fait en l'espèce.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Petrone, Hatherly & Associates, Thunder Bay.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Bertram Oliver Fraser-Reid and Lillian Fraser-Reid (*Plaintiffs*) *Appellants*;

and

Ken Droumtsekas, Ken Droumtsekas Construction Limited and Ken Droumtsekas Investments Central Limited (*Defendants*) *Respondents*.

1979: March 28, 29; 1979: November 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Real property — Purchase of house — Whether house “completed” — Serious defects in construction — Non-compliance with Building By Law standards — Express warranty — Extinction of warranty — Warranty not fulfilled by delivery of conveyance — Warranty unaffected by exclusion clause.

On October 1, 1969, the plaintiffs purchased a newly completed house in the City of Waterloo from the respondent Ken Droumtsekas Construction Limited, a builder-vendor. The following spring serious basement flooding occurred. Thereafter every heavy rain brought more water into the basement. The agreement of purchase and sale contained the following provision:

This transaction of purchase and sale is to be completed on or before the 1st day of November, 1969, on which date vacant possession of the Real Property is to be given to the Purchaser, unless otherwise provided herein.

Providing that the Vendor has disclosed to the Purchaser all outstanding infractions and orders requiring work to be done on the premises issued by any Municipal or Provincial or Federal Authority in respect to the premises referred to herein.

At the material time the building by-law of the City of Waterloo provided “Unless otherwise permitted by the authority having jurisdiction, all exterior foundation walls shall be drained by drainage tile or pipe laid around the exterior of the foundation so that the top of the tile or pipe is below the bottom of the floor slab or crawl space floor”. There was an exclusion clause in the agreement of purchase and sale, “It is agreed that there is no representation, warranty, collateral agreement or condition affecting this agreement or the real property

Bertram Oliver Fraser-Reid et Lillian Fraser-Reid (*Demandeurs*) *Appelants*;

et

Ken Droumtsekas, Ken Droumtsekas Construction Limited et Ken Droumtsekas Investments Central Limited (*Défendeurs*) *Intimés*.

1979: 28 et 29 mars; 1979: 20 novembre.

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

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

Immeubles — Achat de maison — La maison est-elle «parachevée» — Vices de construction graves — Violation des normes de construction du règlement municipal — Garantie expresse — Extinction de la garantie — La garantie n'est pas satisfaite par la signature de l'acte translatif de propriété — La clause d'exclusion ne porte pas atteinte à la garantie.

Le 1^{er} octobre 1969, les demandeurs ont acheté à l'intimée Ken Droumtsekas Construction Limited, un constructeur-vendeur, une maison parachevée sise dans la ville de Waterloo. Le printemps suivant, le sous-sol a été fortement inondé. Par la suite, après chaque pluie abondante, l'eau s'infiltrait davantage dans le sous-sol. La promesse de vente contenait la stipulation suivante:

L'acte de vente doit être signé au plus tard le 1^{er} novembre 1969, date à laquelle la possession libre de l'immeuble doit être remise à l'Acheteur, sauf disposition contraire de la présente.

A la condition que le Vendeur ait révélé à l'Acheteur toute infraction et ordonnance en suspens exigeant que des travaux soient effectués sur les lieux, émanant d'une autorité municipale, provinciale ou fédérale relativement aux lieux mentionnés à la présente.

A l'époque qui nous intéresse, le règlement sur la construction de la ville de Waterloo prévoyait: «Sauf dérogation autorisée par l'autorité compétente, tous les murs de fondation extérieurs doivent être drainés au moyen de tuyaux ou de drains posés à l'extérieur des fondations de manière que la partie supérieure de ces tuyaux ou drains soit en contrebas du vide sanitaire ou du niveau inférieur de la dalle de plancher». La promesse de vente contenait une clause d'exclusion: «Il est reconnu qu'aucune déclaration, garantie, convention accessoire ou condition ne

or supported hereby other than as expressed herein in writing”.

The trial judge found that a statement made by Droumtsekas—that he built good houses and the house was a good house—did not amount to an express warranty that the house would not leak and ruled that as the house purchased was a completed house there was no implied warranty as to construction. However had there been a warranty there would have been a breach. Much water had entered the basement and weeping tiles had not been laid around the footings. Damages were assessed at \$4,412.78, but in view of the absence of warranty, the claim was dismissed. The plaintiff's subsequent appeal raised a number of issues: express warranty, implied warranty, the application of English authorities and the failure of the builder to obtain an exemption from the by-law obligation to lay weeping tiles. The Court of Appeal, however, dismissed the appeal without written reasons.

Held: The appeal should be allowed.

Per Martland, Dickson, Estey and McIntyre JJ.: Two grounds of appeal can be disposed of without difficulty. First, the claim of express warranty, that the house was built in good and workmanlike manner, rested only on an oral statement of the builder, a statement found at trial to be mere trade puffery. Second, the appellants alleged negligence, in the breach of the obligation imposed on the builder to install drainage tile under the City of Waterloo building by-law. Negligence was not, however, argued at trial where the trial judge dealt with breach of the by-law duty in the context only of contract and implied warranty. The defendants did not have to meet a claim in negligence. The issues are narrowed to (i) implied warranty, and (ii) express warranty in the provision of the sale agreement. As to implied warranty there was no reason to alter the finding at trial that the house purchased was a completed house. The appellants therefore fell on the wrong side of the line drawn in English cases between completed and incomplete houses. However, the clause in the agreement of purchase and sale, as a proviso to the provision as to closing date, constituted an express warranty. The builder promised or undertook to disclose (a) all outstanding infractions and (b) all orders requiring work to be done on the premises. The builder had knowingly breached a by-law as to a vital part of the building, the foundation, and the breach was one which could not have been discovered by ordinary inspection as the foundation had been covered up, and the defect hidden before the sale agreement was entered into. The infraction was not disclosed to the

modifie la présente promesse de vente, n'a d'effet sur l'immeuble ni n'est confirmée par la présente, si ce n'est celles qui y sont exprimées par écrits.

Le juge de première instance a considéré que la déclaration de M. Droumtsekas—qu'il construisait de bonnes maisons et qu'il s'agissait d'une bonne maison—n'équivalait pas à une garantie expresse que la maison serait étanche et a statué que, puisque la maison achetée était une maison parachevée, il n'y avait aucune garantie implicite quant à la construction. Cependant, s'il y avait eu garantie, il y aurait eu inexécution. De grandes quantités d'eau s'étaient infiltrées dans le sous-sol et aucun drain n'avait été posé autour des empattements. Les dommages ont été évalués à \$4,412.78, mais vu l'absence de garantie la réclamation a été rejetée. L'appel subséquent des demandeurs a soulevé plusieurs questions: La garantie expresse, la garantie implicite, l'application de la doctrine et de la jurisprudence anglaise et l'omission du constructeur d'obtenir une exemption de l'obligation de poser des drains. La Cour d'appel a cependant rejeté l'appel sans motifs écrits.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

Les juges Martland, Dickson, Estey et McIntyre: Deux moyens d'appel peuvent être écartés sans difficulté. Premièrement, la réclamation fondée sur la garantie expresse que la maison était construite selon les règles de l'art reposait uniquement sur une déclaration orale du constructeur, une déclaration que la cour de première instance a jugé être simplement de la poudre aux yeux. Deuxièmement, les appelants allèguent la négligence, fondée sur l'inexécution de l'obligation que le règlement sur la construction de la ville de Waterloo impose au constructeur de poser des drains. La négligence n'a cependant pas été plaidée en première instance où le juge a examiné l'inexécution de l'obligation imposée par le règlement de poser des drains seulement dans le contexte d'un contrat et d'une garantie implicite. Les défendeurs n'avaient pas à répondre à une réclamation fondée sur la négligence. Les questions se réduisent à (i) la garantie implicite, et (ii) la garantie expresse dans la stipulation de la promesse de vente. Relativement à la garantie implicite il n'y a aucune raison de modifier la conclusion du juge de première instance que la maison achetée était une maison parachevée. Par conséquent, les appelants tombent du mauvais côté de la ligne de démarcation tirée par la jurisprudence anglaise entre les maisons parachevées et inachevées. Cependant, la clause de la promesse de vente, en tant que stipulation qui s'attache à la disposition relative à la date de la signature de l'acte de vente, constitue une garantie expresse. Il y a eu promesse ou engagement du constructeur de révéler a) toute infraction en suspens et b) toute ordon-

purchasers. On the question of merger, the proper enquiry should be to determine whether the facts disclose a common intention to merge the warranty with the deed. In this case, there was nothing to indicate any intention of vendor or purchaser that the conveyance should be taken as performance or satisfaction of the warranty in the sale agreement. It would be illogical to enter a contract containing an express warranty that the building being purchased complied with all applicable building regulations and, at the same time, intend the extinction of that warranty on taking possession of the building. The warranty here in question was not fulfilled by delivery of the conveyance and was still subsisting unaffected by the exclusion clause in the contract.

Per Ritchie J.: The respondents were in breach of a warranty contained in the agreement for sale of the house and the subsequent delivery and acceptance of the deed did not discharge that warranty obligation.

Anns v. London Borough of Merton, [1977] 2 All E.R. 492; *Batty v. Metropolitan Property Realizations Ltd.*, [1978] 2 All E.R. 445 (C.A.); *Dutton v. Bognor Regis United Building Co. Ltd.*, [1972] 1 All E.R. 462; *Miller v. Cannon Hill Estates, Ltd.*, [1931] 2 K.B. 113; *Hoskins v. Woodham*, [1938] 1 All E.R. 692; *Croft v. Prendergast*, [1949] O.R. 282; *Scott-Polson v. Hope* (1958), 14 D.L.R. (2d) 333; *Smith v. Melançon*, [1976] 4 W.W.R. 9; *Schipper v. Levitt & Sons Inc.*, 207 A. 2d 314 (1965, S.C. of New Jersey); *Carpenter v. Donohoe*, 388 P. 2d 399 (1964, S.C. of Col.); *Loraso v. Custom Built Homes, Inc.*, 144 So. 2d 459 (1962, C.A. of La.); *Bethlahmy v. Bechtel*, 415 P. 2d 698 (1966, S.C. of Idaho); *Rothberg v. Olenik*, 262 A. 2d 461 (1970, S.C. of Vermont); *Perry v. Sharon Development Co. Ltd.*, [1937] 4 All E.R. 390; *Pasley v. Freeman* (1789), 3 T.R. 51; *De Lassalle v. Guildford*, [1901] 2 K.B. 215; *Heilbut, Symons & Co. v. Buckleton*, [1913] A.C. 30; *Richview Construction Co. Ltd. v. Raspa* (1975), 11 O.R. (2d) 377; *Hashman v. Anjulin Farms Ltd.*, [1973] S.C.R. 268; *Brennan v. Schellhamer*, 13 N.Y. Supp. 558 (1891); *Goodspeed v. Nicholls*, 204 N.W. 122 (1925); *Levin v. Cook*, 47 A. 2d 505 (1946); *Redican v. Nesbitt*, [1924] S.C.R. 135; *Barak v. Langtry* (1954), 12 W.W.R. (N.S.) 691, referred to.

nance exigeant que des travaux soient effectués sur les lieux. Le constructeur a sciemment violé un règlement municipal qui touchait une partie essentielle de la construction, la fondation, et il s'agissait d'une violation qu'un examen ordinaire ne pouvait pas révéler avant la conclusion de la vente parce que la fondation avait été recouverte et le défaut caché. L'infraction n'a pas été divulguée à l'acheteur. Quant à la question de la confusion, l'examen approprié devrait chercher à déterminer si les faits révèlent une intention commune d'éteindre la garantie par confusion avec l'acte translatif. En l'espèce rien ne révèle une intention du vendeur ou de l'acheteur que l'acte de vente soit interprété comme l'accomplissement ou l'exécution de la garantie donnée dans la promesse de vente. Il serait illogique de signer un contrat contenant une garantie expresse que l'immeuble acheté est conforme aux règlements sur la construction applicables et, en même temps, vouloir que cette garantie s'éteigne en prenant possession de l'immeuble. La garantie dont il est question ici n'a pas été exécutée par la signature de l'acte de vente et était toujours en vigueur indépendamment de la clause d'exclusion contenue dans le contrat.

Le juge Ritchie: Les intimés ont violé la garantie contenue dans la promesse de vente de la maison et l'exécution et l'acceptation subséquentes de l'acte de vente de cette maison n'ont pas exécuté cette obligation de garantie.

Jurisprudence: *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492; *Batty v. Metropolitan Property Realizations Ltd.*, [1978] 2 All E.R. 445; *Dutton v. Bognor Regis United Building Co. Ltd.*, [1972] 1 All E.R. 462; *Miller v. Cannon Hill Estates, Ltd.*, [1931] 2 K.B. 113; *Hoskins v. Woodham*, [1938] 1 All E.R. 692; *Croft v. Prendergast*, [1949] O.R. 282; *Scott-Polson v. Hope* (1958), 14 D.L.R. (2d) 333; *Smith v. Melançon*, [1976] 4 W.W.R. 9; *Schipper v. Levitt & Sons Inc.*, 207 A. 2d 314 (1965, C.S. New Jersey); *Carpenter v. Donohoe*, 388 P. 2d 399 (1964, C.S. Col.); *Loraso v. Custom Built Homes, Inc.*, 144 So. 2d 459 (1962, C.A. La.); *Bethlahmy v. Bechtel*, 415 P. 2d 698 (1966, C.S. Idaho); *Rothberg v. Olenik*, 262 A. 2d 461 (1970, C.S. Vermont); *Perry v. Sharon Development Co. Ltd.*, [1937] 4 All E.R. 390; *Pasley v. Freeman* (1789), 3 T.R. 51; *De Lassalle v. Guildford*, [1901] 2 K.B. 215; *Heilbut, Symons & Co. v. Buckleton*, [1913] A.C. 30; *Richview Construction Co. Ltd. v. Raspa* (1975), 11 O.R. (2d) 377; *Hashman v. Anjulin Farms Ltd.*, [1973] R.C.S. 268; *Brennan v. Schellhamer*, 13 N.Y. Supp. 558 (1891); *Goodspeed v. Nicholls*, 204 N.W. 122 (1925); *Levin v. Cook*, 47 A. 2d 505 (1946); *Redican v. Nesbitt*, [1924] R.C.S. 135; *Barak v. Langtry* (1954), 12 W.W.R. (N.S.) 691.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario affirming without written reasons a judgment at trial dismissing an action for damages on warranty by the purchasers of a newly completed home. Appeal allowed.

F. S. Finch and D. C. Downie, for the appellants.

D. A. McIntyre and J. D. Sutton, for the respondents.

The judgment of Martland, Dickson, Estey and McIntyre JJ. was delivered by

DICKSON J.—Although the common law doctrine of *caveat emptor* has long since ceased to play any significant part in the sale of goods, it has lost little of its pristine force in the sale of land. In 1931, a breach was created in the doctrine that the buyer must beware, with recognition by an English court of an implied warranty of fitness for habitation in the sale of an *uncompleted* house. The breach has since been opened a little wider in some of the states of the United States by extending the warranty to *completed* houses when the seller is the builder and the defect is latent. Otherwise, notwithstanding new methods of house merchandising and, in general, increased concern for consumer protection, *caveat emptor* remains a force to be reckoned with by the credulous or indolent purchaser of housing property. Lacking express warranties, he may be in difficulty because there is no implied warranty of fitness for human habitation upon the purchase of a house already completed at the time of sale. The rationale stems from the *laissez-faire* attitudes of the eighteenth and nineteenth centuries and the notion that a purchaser must fend for himself, seeking protection by express warranty or by independent examination of the premises. If he fails to do either, he is without remedy either at law or in equity, in the absence of fraud or fundamental difference between that which was bargained for and that obtained.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario confirmant sans motifs écrits un jugement de première instance qui a rejeté une action en dommages-intérêts des acheteurs d'une maison nouvellement parachevée, fondée sur la garantie. Pourvoi accueilli.

F. S. Finch et D. C. Downie, pour les appelants.

D. A. McIntyre et J. D. Sutton, pour les intimés.

Version française du jugement des juges Martland, Dickson, Estey et McIntyre rendu par

LE JUGE DICKSON—Bien que la doctrine *caveat emptor* de la *common law* ait depuis longtemps cessé de jouer un rôle important dans la vente de marchandises, elle n'a guère perdu de sa force d'antan en ce qui a trait à la vente de biens-fonds. En 1931, une cour anglaise a reconnu que la vente d'une maison *inachevée* comportait une garantie implicite que celle-ci était propre à l'habitation; cette décision a ouvert une brèche dans la doctrine que l'acheteur doit prendre garde. Depuis, la brèche a été élargie un peu plus dans certains États américains par l'application de la garantie aux maisons *parachevées*, lorsque le vendeur est le constructeur et que le défaut est caché. Par ailleurs, en dépit de nouvelles méthodes d'achat et de vente de maisons et, en général, d'un plus grand intérêt pour la protection du consommateur, la doctrine *caveat emptor* demeure une force dont doit tenir compte l'acheteur crédule ou insouciant. En l'absence de garanties expresses, il peut se trouver en difficulté parce qu'il n'existe pas de garantie implicite qu'une maison déjà parachevée au moment de la vente est propre à l'habitation humaine. Le principe découle des attitudes de *laissez-faire* des dix-huitième et dix-neuvième siècles et de la notion que les méthodes suspectes étaient chose courante; un acheteur doit se débrouiller, chercher à se protéger au moyen d'une garantie expresse ou d'un examen des lieux par un expert. S'il omet de faire l'un ou l'autre, il n'a aucun recours en droit ou en *equity*, en l'absence de fraude ou de différence fondamentale entre ce qui a fait l'objet du marché et ce qu'il a obtenu.

I

The facts are unremarkable. On October 1, 1969, the plaintiffs, Doctor and Mrs. Fraser-Reid, purchased a newly completed house in the City of Waterloo from Ken Droumtsekas Construction Limited, a builder-vendor. The following spring, serious basement flooding occurred. Thereafter, every heavy rain brought more water into the basement.

The agreement of purchase and sale contained the following provision:

This transaction of purchase and sale is to be completed on or before the 1st day of November, 1969, on which date vacant possession of the Real Property is to be given to the Purchaser, unless otherwise provided herein.

Providing that the Vendor has disclosed to the Purchaser all outstanding infractions and orders requiring work to be done on the premises issued by any Municipal or Provincial or Federal Authority in respect to the premises referred to herein. (Emphasis added.)

At the material time, s. 13B of the building by-law of the City of Waterloo provided:

Unless otherwise permitted by the authority having jurisdiction, all exterior foundation walls shall be drained by drainage tile or pipe laid around the exterior of the foundation so that the top of the tile or pipe is below the bottom of the floor slab or crawl space floor.

The agreement of purchase and sale contained an exclusion clause in these terms:

It is agreed that there is no representation, warranty, collateral agreement or condition affecting this agreement or the real property or supported hereby other than as expressed herein in writing.

II

The trial judge found that a statement made by Mr. Droumtsekas—that he built good houses and the house was a good house—did not amount to an express warranty that the house would not leak. As for implied warranty, the judge applied the English jurisprudence to which I have referred, which distinguishes between completed and uncompleted

I

Les faits n'ont rien d'exceptionnel. Le 1^{er} octobre 1969, les demandeurs, M. et M^{me} Fraser-Reid, ont acheté à Ken Droumtsekas Construction Limited, un constructeur-vendeur, une maison parachevée sise dans la ville de Waterloo. Le printemps suivant, le sous-sol a été fortement inondé. Par la suite, après chaque pluie abondante, l'eau s'infiltrait davantage dans le sous-sol.

La promesse de vente contenait la stipulation suivante:

[TRADUCTION] L'acte de vente doit être signé au plus tard le 1^{er} novembre 1969, date à laquelle la possession libre de l'immeuble doit être remise à l'Acheteur, sauf disposition contraire de la présente.

A la condition que le Vendeur ait révélé à l'Acheteur toute infraction et ordonnance en suspens exigeant que des travaux soient effectués sur les lieux, émanant d'une autorité municipale, provinciale ou fédérale relativement aux lieux mentionnés à la présente. (J'ai mis des mots en italiques.)

A l'époque qui nous intéresse, l'art. 13B du règlement sur la construction de la ville de Waterloo prévoyait:

[TRADUCTION] Sauf dérogation autorisée par l'autorité compétente, tous les murs de fondation extérieurs doivent être drainés au moyen de tuyaux ou de drains posés à l'extérieur des fondations de manière que la partie supérieure de ces tuyaux ou drains soit en contrebas du vide sanitaire ou du niveau inférieur de la dalle de plancher.

La promesse de vente contenait une clause d'exclusion ainsi rédigée:

[TRADUCTION] Il est reconnu qu'aucune déclaration, garantie, convention accessoire ou condition ne modifie la présente promesse de vente, n'a d'effet sur l'immeuble ni n'est confirmée par la présente, si ce n'est celles qui y sont exprimées par écrit.

II

Le juge de première instance a considéré que la déclaration de M. Droumtsekas—qu'il construisait de bonnes maisons et qu'il s'agissait d'une bonne maison—n'équivalait pas à une garantie expresse que la maison serait étanche. Pour ce qui est de la garantie implicite, le juge a appliqué la jurisprudence anglaise que j'ai mentionnée et qui fait une

houses. The judge ruled that the plaintiffs had purchased a completed house and there was, therefore, no implied warranty as to construction; the doctrine of *caveat emptor* applied and the action failed.

The judge made certain findings. If there had been a warranty, there would have been a breach by defendants. Considerable amounts of water had entered the basement. No weeping tiles had been laid around the footings. Except in very sandy or gravel soil, weeping tiles are necessary in order to drain the area around the house and keep water from entering. This view, the judge said, was reinforced by the City of Waterloo building by-law incorporating the provisions of the *National Building Code* which required weeping tiles to be installed around the house unless an exemption were granted by the building inspector. The trial judge held that no exemption had been granted in this case. The judge found that if weeping tiles had been installed, there was a very strong probability that water would not have entered the basement. Damages were assessed at \$4,412.78, but in view of the absence of warranty, plaintiffs' claim was dismissed with costs.

III

Plaintiffs appealed to the Court of Appeal for Ontario and raised a number of issues: express warranty, implied warranty, the application of the English authorities to the case at bar, and negligence. One of the grounds of the appeal was based upon the failure of the builder to obtain from the building inspector an exemption from the obligation to lay weeping tiles. Plaintiffs submitted that the trial judge, having found that the builder was not granted such an exemption, erred in failing to find that the defendants breached the express terms of the agreement of purchase and sale to disclose to the plaintiffs all outstanding infractions.

The Court of Appeal dismissed the appeal without written reasons.

distinction entre les maisons parachevées et les maisons inachevées. Le juge a statué que les demandeurs avaient acheté une maison parachevée et qu'il n'y avait donc aucune garantie implicite quant à la construction; la doctrine *caveat emptor* s'appliquait et l'action a été rejetée.

Le juge a tiré certaines conclusions. S'il y avait eu garantie, il y aurait eu inexécution de la part des défendeurs. De grandes quantités d'eau s'étaient infiltrées dans le sous-sol. Aucun drain n'avait été posé autour des empattements. Sauf dans les sols très sablonneux ou graveleux, des drains sont nécessaires pour assécher le terrain autour de la maison et prévenir l'infiltration d'eau. Le juge a dit que cette opinion était renforcée par le règlement de la ville de Waterloo sur la construction qui incorpore les dispositions du *Code national du bâtiment* lequel exige que des drains soient posés autour de la maison à moins qu'une exemption ne soit accordée par l'inspecteur de la construction. Le juge de première instance a conclu qu'aucune exemption n'avait été accordée en l'espèce. Il a conclu que si des drains avaient été posés, il y avait une très forte probabilité que l'eau ne se serait pas infiltrée dans le sous-sol. Les dommages ont été évalués à \$4,412.78; mais vu l'absence de garantie, la réclamation des demandeurs a été rejetée avec dépens.

III

Les demandeurs ont interjeté appel à la Cour d'appel de l'Ontario et ont soulevé plusieurs questions: la garantie expresse, la garantie implicite, l'application de la doctrine et de la jurisprudence anglaises à la présente affaire, et la négligence. Un des moyens d'appel était fondé sur l'omission du constructeur d'obtenir de l'inspecteur de la construction une exemption de l'obligation de poser des drains. Les demandeurs ont prétendu qu'après avoir conclu qu'une telle exemption n'avait pas été accordée au constructeur, le juge de première instance a commis une erreur en ne concluant pas que les défendeurs avaient contrevenu à la stipulation expresse de la promesse de vente de révéler aux demandeurs toutes les infractions en suspens.

La Cour d'appel a rejeté l'appel sans motifs écrits.

IV

Two grounds of appeal may be disposed of without difficulty. First, it is submitted that the trial judge, and thus the Court of Appeal, erred in holding that there was no express warranty that the house was built in a good and workmanlike manner. This submission rests upon the oral statement, or opinion, of the builder. That statement was mere trade puffery. The trial judge made a finding on the point, adverse to the appellants, and I do not think the finding is open to attack at this stage. Second, the appellants allege negligence, grounded on breach of the statutory duty of the builder to install drainage tile, as required by the City of Waterloo building by-law.

The House of Lords has held that an action will lie, apart from any contractual warranty, against a builder for breach of statutory duty imposed by a building by-law, by any person for whose benefit or protection the by-law was passed. *Anns v. London Borough of Merton*¹. The English Court of Appeal has held that a duty of care is owed by a builder to prospective buyers, and the issue of whether or not there has been breach of the duty will depend on all relevant considerations going to the question: "Did the builder act as a competent and careful builder would have acted in what he did or did not do?" *Batty v. Metropolitan Property Realizations Ltd.*² See also *Dutton v. Bognor Regis United Building Co. Ltd.*³

In the present case, the plaintiffs face difficulty in predicating a cause of action upon negligence. The trial judge dealt with breach of the statutory duty to install drainage tile in the context of contract and implied warranty. Negligence was not argued at trial nor in the Court of Appeal, nor on the motion for leave to appeal to this Court. In short, the defendants did not have to meet a claim in negligence. The trial judge made no findings as

¹ [1977] 2 All E.R. 492.

² [1978] 2 All E.R. 445 (C.A.).

³ [1972] 1 All E.R. 462 (C.A.).

IV

Deux moyens d'appel peuvent être écartés sans difficulté. Premièrement, on prétend que le juge de première instance, de même que la Cour d'appel, ont commis une erreur en jugeant qu'il n'y avait pas de garantie expresse que la maison était construite selon les règles de l'art. Cette prétention repose sur la déclaration orale, ou l'opinion, du constructeur. Cette déclaration était simplement de la poudre aux yeux. Le juge de première instance a tiré une conclusion défavorable aux appellants sur la question et je ne crois pas que sa conclusion puisse être contestée à ce stade-ci. Deuxièmement, les appelants allèguent la négligence, fondée sur l'inexécution de l'obligation que le règlement sur la construction de la ville de Waterloo impose au constructeur de poser des drains.

La Chambre des lords a jugé que toute personne à l'avantage ou pour la protection de laquelle un règlement sur la construction a été adopté a un droit d'action, indépendamment de toute garantie contractuelle, contre un constructeur pour inexécution d'une obligation imposée par le règlement. *Anns v. London Borough of Merton*¹. La Cour d'appel anglaise a jugé que le constructeur a envers les acheteurs éventuels une obligation de diligence et le point de savoir s'il y a eu inexécution de cette obligation dépend de toutes les considérations pertinentes à la question: [TRADUCTION] «Dans son acte ou son omission, le constructeur s'est-il comporté comme un constructeur compétent et prudent?» *Batty v. Metropolitan Property Realizations Ltd.*² Voir également *Dutton v. Bognor Regis United Building Co. Ltd.*³

En l'espèce, les demandeurs se heurtent à une difficulté en fondant une action en justice sur la négligence. Le juge de première instance a examiné l'inexécution de l'obligation imposée par le règlement de poser des drains dans le contexte d'un contrat et d'une garantie implicite. La négligence n'a pas été plaidée en première instance ni en Cour d'appel, ni à l'occasion de la requête en autorisation de pourvoi devant cette Cour. Bref, les

¹ [1977] 2 All E.R. 492.

² [1978] 2 All E.R. 445 (C.A.).

³ [1972] 1 All E.R. 462 (C.A.).

to duty, standard of care, or breach. And there is a more formidable obstacle. Three expert witnesses testified at trial. For some reason, not clear, the evidence of those witnesses was not transcribed and is not before us. The absence of the testimony of the expert witnesses renders it quite impossible to make findings of the nature required to be made in a negligence action. I do not think, therefore, that a claim in negligence is available to the appellants.

V

The case is accordingly narrowed to (i) implied warranty, and (ii) express warranty, in the provision of the sale agreement quoted earlier. As to implied warranty, the appellants argue that the house was not, in fact, completed at the time of purchase. This runs counter to the explicit finding of the judge at trial, who found the deficiencies in the construction of the house to be "evidence of faulty workmanship, not of incompleteness" and thus "the house which was purchased on October 1, 1969 was a completed house". The sale agreement does not mention any work to be completed other than sodding. I would not be prepared to alter the judge's finding.

As a consequence, the appellants fall on the wrong side of the line drawn in the English cases between completed and incomplete houses: see *Miller v. Cannon Hill Estates, Ltd.*⁴; *Hoskins v. Woodham*⁵; Dworkin, "Consumer Protection and the Problems of Substandard New Houses" (1964), 28 *Conv. (N.S.)* 276, 385 and 478. See also, *Croft v. Prendergast*⁶; *Scott-Polson v. Hope*⁷; and *Smith v. Melançon*⁸.

⁴ [1931] 2 K.B. 113.

⁵ [1938] 1 All E.R. 692 (K.B.D.).

⁶ [1949] O.R. 282 (C.A.).

⁷ (1958), 14 D.L.R. (2d) 333 (B.C.S.C.).

⁸ [1976] 4 W.W.R. 9 (B.C.S.C.).

défendeurs n'avaient pas à répondre à une réclamation fondée sur la négligence. Le juge de première instance n'a tiré aucune conclusion sur l'obligation, les normes de prudence ou l'inexécution. Et il y a un obstacle encore plus grand. Trois experts ont témoigné au procès. Pour quelque raison inexpliquée, leur témoignage n'a pas été transcrit et n'est pas devant nous. L'absence du témoignage des experts rend tout à fait impossible de tirer les conclusions qui s'imposeraient dans une action fondée sur la négligence. Aussi, je ne crois pas que les appelants puissent fonder leur réclamation sur la négligence.

V

L'affaire se réduit donc à (i) la garantie implicite, et (ii) la garantie expresse, dans la stipulation de la promesse de vente citée plus tôt. Relativement à la garantie implicite, les appelants prétendent qu'en fait la maison n'était pas parachevée au moment de l'achat. Cela va à l'encontre de la conclusion explicite du juge de première instance qui a conclu que les vices de construction de la maison étaient [TRADUCTION] «une preuve de mauvaise construction, mais non d'inachèvement» et donc [TRADUCTION] «la maison qui a été achetée le 1^{er} octobre 1969 était une maison parachevée». La promesse de vente ne mentionne aucun ouvrage à compléter autre que le gazonnement. Je ne suis pas prêt à modifier la conclusion du juge.

Par conséquent, les appelants tombent du mauvais côté de la ligne de démarcation tirée par la jurisprudence anglaise entre les maisons parachevées et inachevées: voir *Miller v. Cannon Hill Estates, Ltd.*⁴; *Hoskins v. Woodham*⁵; Dworkin, «Consumer Protection and the Problems of Substandard New Houses» (1964), 28 *Conv. (N.S.)* 276, 385 et 478. Voir également, *Croft v. Prendergast*⁶; *Scott-Polson v. Hope*⁷; et *Smith v. Melançon*⁸.

⁴ [1931] 2 K.B. 113.

⁵ [1938] 1 All E.R. 692 (K.B.D.).

⁶ [1949] O.R. 282 (C.A.).

⁷ (1958), 14 D.L.R. (2d) 333 (C.S.C.-B.).

⁸ [1976] 4 W.W.R. 9 (C.S.C.-B.).

The appellants must rest their case for implied warranty upon the novel proposition stated in their factum:

It is respectfully submitted that there is implied by law, in the sale of a new, unoccupied home, where the vendor is also the builder with special knowledge of the method of construction, that the home: (1) was built in compliance with all applicable building by-laws, (2) was built in a good and workmanlike manner, (3) would be fit for human habitation.

To support this proposition, the appellants look to American authority.

American case law has tended to give recognition to the change in the housing market from the pre-war situation in which a prospective house owner bought a lot, engaged an architect, and then hired a contractor to construct, to the post-war position in which the great bulk of housing is mass-produced, according to sample or "show-house", and sold by the builder-vendor: see 7 *Williston on Contracts* (1963), paras. 926 and 926A. See also Dunham, "Vendor's Obligation as to Fitness of Land for a Particular Purpose (1953)", 37 *Minn. L. Rev.* 108; Bearman, "Caveat Emptor in Sales of Realty—Recent Assaults Upon the Rule (1961)", 14 *Vand. L. Rev.* 541.

The American case law upon which the appellants must rely, however, is far from consistent, even ten years after the decision in *Schipper v. Levitt & Sons Inc.*⁹ (S.C. of New Jersey). There is, however, a distinct trend toward convergence of traditional products liability principles and those applying to new homes. The shift countenanced in the American courts has been to take the English principles applicable to a home under construction and to extend those principles to completed houses, but only where the seller of the house is also the developer or builder and the house is a new unoccupied house: *Carpenter v. Donohoe*¹⁰ (S.C. of Col.); *Loraso v. Custom Built Homes, Inc.*¹¹ (C.A.

Les appelants doivent fonder leur cause sur la nouvelle proposition énoncée dans leur factum:

[TRADUCTION] Nous soutenons respectueusement qu'il est implicite en droit, dans la vente d'une nouvelle maison inoccupée, lorsque le vendeur est également le constructeur ayant une connaissance spéciale de la méthode de construction, que la maison: (1) a été construite conformément aux règlements sur la construction applicables, (2) a été bien construite et selon les règles de l'art, (3) est propre à l'habitation humaine.

Pour appuyer cette proposition les appelants invoquent la jurisprudence et la doctrine américaines.

La tendance de la jurisprudence américaine a été de reconnaître le changement dans le marché des maisons entre la situation de l'avant-guerre où celui qui voulait une maison achetait d'abord un terrain, retenait les services d'un architecte puis embauchait un entrepreneur pour construire, et celle de l'après-guerre où la plupart des maisons sont construites en série, conformément à un échantillon ou «un modèle», et vendues par le constructeur-vendeur: voir 7 *Williston on Contracts* (1963), par. 926 et 926A. Voir également Dunham, «Vendor's Obligation as to Fitness of Land for a Particular Purpose (1953)», 37 *Minn. L. Rev.* 108; Bearman, «Caveat Emptor in Sales of Realty—Recent Assaults Upon the Rule (1961)», 14 *Vand. L. Rev.* 541.

La jurisprudence américaine sur laquelle les appelants doivent s'appuyer, n'est cependant pas uniforme, même dix ans après la décision *Schipper v. Levitt & Sons Inc.*⁹ (S.C. New Jersey). Il y a toutefois une nette tendance vers la convergence des principes traditionnels de responsabilité relatifs aux produits et ceux appliqués aux nouvelles maisons. Le changement soutenu par les cours américaines a été d'adopter les principes anglais applicables à une maison en construction et de les étendre aux maisons parachevées, mais seulement lorsque le vendeur de la maison est également le promoteur ou le constructeur et que la maison est nouvelle et inoccupée: *Carpenter v. Donohoe*¹⁰ (C.S.

⁹ 207 A. 2d 314 (1965).

¹⁰ 388 P. 2d 399 (1964).

¹¹ 144 So. 2d 459 (1962).

⁹ 207 A. 2d 314 (1965).

¹⁰ 388 P. 2d 399 (1964).

of La.); *Bethlahmy v. Bechtel*¹², (S.C. of Idaho); *Rothberg v. Olenik*¹³, (S.C. of Vermont). It has specifically not been extended to the case of an unoccupied home sold by one owner to a new owner.

There has been some criticism of the resulting confusion of the American courts in handling these cases. In a useful review of the trend up to 1966 by Roberts, "The Case of the Unwary Home Buyer: the Housing Merchant Did It" (1967), 52 *Cornell L. Rev.* 835, the author points up the simple fact that the courts have found it easier to abolish the rule of *caveat emptor* in new home sales than to elaborate a new set of rules to guarantee some predictability in the ambit and content of the warranties applicable to the industry. In the result, Roberts argues that the complexity of the warranty required necessitates legislative intervention, and warns of the impact upon the structure of the housing industry, and the cost of homes, of a wide-ranging warranty in such situations.

At the same time, it must be observed that the decided English and Canadian cases in this area point up the irrationality and odd results derived from the rigid "completed/incomplete" distinction. Take the case of the prospective home buyer who views a model home in a sub-division development and decides to buy a house yet to be built on a lot in that subdivision. In his case, the courts will be willing to imply a warranty as to fitness for habitation and workmanship. But the unfortunate who buys the "show" home is without warranty even if both models reveal the same structural defects. Or, take the case of the buyer who enters into a contract for a home that is "99 per cent complete". The courts will imply a warranty: *Perry v. Sharon Development Co. Ltd.*¹⁴ Had the contract been entered into the next day, when the work was completed, there is no warranty. One

¹² 415 P. 2d 698 (1966).

¹³ 262 A. 2d 461 (1970).

¹⁴ [1937] 4 All E.R. 390 (C.A.).

Col.); *Loraso v. Custom Built Homes, Inc.*¹¹ (C.A. La.); *Bethlahmy v. Bechtel*¹² (C.S. Idaho); *Rothberg v. Olenik*¹³ (C.S., Vermont). Ces principes n'ont spécifiquement pas été étendus à une maison inoccupée vendue par un propriétaire à un nouveau propriétaire.

La confusion des cours américaines découlant de la façon dont elles ont tranché ces affaires a fait l'objet de certaines critiques. Dans son intéressante étude sur la tendance jusqu'en 1966, «The Case of the Unwary Home Buyer: the Housing Merchant Did It» (1967), 52 *Cornell L. Rev.* 835, Roberts fait remarquer le simple fait que les cours ont trouvé plus facile d'abolir la règle *caveat emptor* dans la vente de nouvelles maisons que d'élaborer un nouvel ensemble de règles pour assurer une certaine uniformité dans l'étendue et le contenu des garanties applicables à l'industrie. Pour finir, Roberts prétend que la complexité de la garantie exigée nécessite une intervention législative et il fait une mise en garde contre les répercussions qu'une garantie élargie dans de telles situations aurait sur la structure de l'industrie de l'habitation et le coût des maisons.

En même temps, il faut remarquer que les arrêts anglais et canadiens dans ce domaine manifestent l'irrationalité et les résultats bizarres qui découlent de la distinction rigide entre parachevée et inachevée. Prenons l'exemple de l'acheteur éventuel d'une maison qui visite une maison-témoin dans un lotissement domiciliaire et décide d'acheter une maison qui sera construite sur un des lots. Dans son cas, les cours seront disposées à reconnaître une garantie implicite que la maison est propre à l'habitation et construite selon les règles de l'art. Mais l'infortuné qui achète la maison «modèle» n'a aucune garantie même si les deux maisons révèlent les mêmes défauts de structure. Ou, prenons le cas d'un acheteur qui passe un contrat pour l'acquisition d'une maison qui est «parachevée à 99 pour cent». Les cours concluront à une garantie implicite: *Perry v. Sharon Development Co. Ltd.*¹⁴ Si le

¹¹ 144 So. 2d 459 (1962).

¹² 415 P. 2d 698 (1966).

¹³ 262 A. 2d 461 (1970).

¹⁴ [1937] 4 All E.R. 390 (C.A.).

can easily multiply the incongruities.

In Ontario, the Legislature has moved on this problem, with the passage of *The Ontario New Home Warranties Plan Act, 1976*, 1976 (Ont.) (2d Sess.), c. 52. A public corporation is established to administer the plan and all vendor-builders must register and take part in the plan. Section 13 creates a warranty in the following terms:

13. (1) Every vendor of a home warrants to the owner,
- (a) that the home
 - (i) is constructed in a workmanlike manner and is free from defects in material,
 - (ii) is fit for habitation, and
 - (iii) is constructed in accordance with the *Ontario Building Code*;
 - (b) that the home is free of major structural defects as defined by the regulations; and
 - (c) such other warranties as are prescribed by the regulations.

Section 13(2) details twelve exceptions to the warranty coverage. Section 13(4) provides that the warranty extends to claims "made thereunder within one year after the warranty takes effect, or such longer time under such conditions as are prescribed". Subsection (6) renders the statutory warranty impossible of exclusion. The section contains a detailed code. This new statutory scheme does not, of course, apply to the house here, purchased in October, 1969.

The only real question for debate in the present case is whether removal of the irrational distinction between completed and incomplete houses is better left to legislative intervention. One can argue that *caveat emptor* was a judicial creation and what the courts created, the courts can delimit. But the complexities of the problem, the difficulties of spelling out the ambit of a court-imposed warranty, the major cost impact upon the construction industry and, in due course, upon

contrat avait été signé le jour suivant, lorsque les travaux étaient complétés, il n'y aurait eu aucune garantie. On peut facilement multiplier les incongruités.

En Ontario, la Législature a réagi face à ce problème en adoptant *The Ontario New Home Warranties Plan Act, 1976*, 1976 (Ont.) (2d Sess.), chap. 52. Une société d'État est créée pour administrer le programme et tous les vendeurs-constructeurs doivent s'enregistrer et y participer. L'article 13 crée une garantie dans les termes suivants:

- [TRADUCTION] 13. (1) Le vendeur d'une maison garantit à l'acheteur,
- a) que la maison
 - (i) est construite selon les règles de l'art et est exempte de défauts dans les matériaux,
 - (ii) est propre à l'habitation, et
 - (iii) est construite conformément à l'*Ontario Building Code*;
 - b) que la maison n'a aucun défaut majeur de structure au sens du règlement; et
 - c) ce que prescrit en outre le règlement.

Le paragraphe 13(2) énumère douze exceptions à la garantie. Le paragraphe 13(4) prévoit que la garantie s'étend aux réclamations [TRADUCTION] «présentées pendant l'année suivant l'entrée en vigueur de la garantie, ou le délai prorogé qui est prescrit selon les conditions prescrites». Aux termes du par. (6), il est impossible d'exclure la garantie exigée par la loi. L'article contient un code détaillé. Cette nouvelle disposition législative ne s'applique évidemment pas à la maison en l'espèce, achetée en octobre 1969.

La seule véritable question en litige est de savoir s'il est préférable de laisser à la législature le soin d'abolir la distinction irrationnelle entre les maisons parachevées et inachevées. On peut prétendre que la doctrine *caveat emptor* est une création des tribunaux et que les tribunaux peuvent délimiter ce qu'ils ont créé. Mais les complexities du problème, la difficulté de définir la portée d'une garantie imposée par les tribunaux, la répercussion majeure sur le coût dans l'industrie de la construction et, en

consumers through increased house prices, all counsel judicial restraint.

I would be inclined to reject the proposition advanced on behalf of the appellants for an extended implied warranty. It appears to me at this time that if the sale of a completed house by a vendor-builder is to carry a non-contractual warranty, it should be of statutory origin, and spelled out in detail. Even if the Court were to recognize an implied warranty of the amplitude urged by the appellants, here the exclusion clause contained in the agreement they signed is of such breadth that they might well be unable to avail themselves of the warranty. In the circumstances, it is unnecessary to canvass this point.

VI

Finally, it is submitted that the proviso in the agreement of sale which states that the vendor has disclosed to the purchaser all outstanding infractions in respect of the premises constitutes an express warranty, breach of which entitles the plaintiffs to succeed. Two questions must be answered: (i) do the words constitute an express warranty? and if so (ii) was the warranty "merged" in the conveyance and thereby extinguished?

The words "providing that" ordinarily signify or denote a limitation upon something preceding, or a condition on the performance or non-performance of which the validity of the instrument may depend. That is not invariably so. It may also affirm that a proposition of fact is true and take effect as a warranty. The mere use of a technical word should not obscure its true nature. A warranty is a term in a contract which does not go to the root of the agreement between the parties but simply expresses some lesser obligation, the failure to perform which can give rise to an action for damages, but never to the right to rescind or repudiate the contract: Fridman, *The Law of Contract in Canada* (1976), p. 285. An affirmation at the time of sale is a warranty provided it appears on the evidence to have been so intended: per

fin de compte, sur les consommateurs par la hausse du prix des maisons, tout cela exige que les tribunaux agissent avec circonspection.

Je suis enclin à rejeter la proposition présentée au nom des appelants visant une garantie implicite étendue. Si la vente d'une maison parachevée par un constructeur-vendeur doit comporter une garantie non contractuelle, c'est le législateur qui doit le prévoir et l'exprimer en détail. Même si la Cour devait reconnaître une garantie implicite aussi étendue que celle recherchée par les appelants, ici, la clause d'exclusion dans la promesse de vente qu'ils ont signée a une portée telle qu'ils pourraient bien ne pas pouvoir se prévaloir de la garantie. Dans les circonstances, il n'est pas nécessaire de débattre cette question.

VI

On prétend finalement que la stipulation de la promesse de vente qui mentionne que le vendeur a révélé à l'acheteur toutes les infractions en suspens relativement aux lieux constitue une garantie expresse, dont la violation permet aux demandeurs d'avoir gain de cause. Il faut répondre à deux questions: (i) le texte constitue-t-il une garantie expresse? et, dans l'affirmative, (ii) la garantie s'est-elle éteinte par «confusion» avec l'acte translatif de propriété?

L'expression «à la condition que» signifie ou dénote généralement une limitation apportée à quelque chose qui précède ou une condition, de l'exécution ou de l'inexécution de laquelle peut dépendre la validité de l'acte juridique. Il n'en est pas toujours ainsi. Elle peut également affirmer qu'un énoncé de fait est exact et agir comme garantie. Le simple emploi d'un terme de l'art ne doit pas cacher sa vraie nature. Une garantie est une modalité d'un contrat qui ne touche pas l'essence de la convention intervenue entre les parties mais exprime simplement une obligation moindre, dont l'inexécution peut donner lieu à une action en dommages-intérêts, mais ne peut jamais donner le droit de résilier ou de répudier le contrat: Fridman, *The Law of Contract in Canada* (1976), à la p. 285. Une affirmation faite au moment de la vente

Buller J. in *Pasley v. Freeman*¹⁵. No special form of words is necessary. In *De Lassalle v. Guildford*¹⁶, at p. 221, A.L. Smith, M.R., said:

It must be a collateral undertaking forming part of the contract by agreement of the parties express or implied, and must be given during the course of the dealing which leads to the bargain, and should then enter into the bargain as part of it.

The assertion by the vendor of a fact of which the buyer is ignorant is a criterion of value in determining whether a warranty was intended: *Heilbut, Symons & Co. v. Buckleton*¹⁷. In the present agreement, I would read the proviso as an undertaking or promise on the part of the vendor to disclose to the purchaser, in respect of the premises, (a) all outstanding infractions, and (b) all orders requiring work to be done on the premises issued by any municipal, or provincial, or federal authority. The clause is an assurance of compliance with statutory duty. It is an affirmation of fact and not merely a matter of opinion. The word "infractions" obviously refers to infractions of applicable building by-laws, rules, or regulations.

The respondents submit that the words "issued by any municipal . . . authority" modify not only "orders requiring work to be done", but also "infractions", and that the plaintiffs must therefore show that the infraction was issued by a municipal authority. Such a construction would be a plain distortion of language. An infraction is a breach, or violation, or infringement of a law, or duty, or contract. It is not something "issued".

The clause in question here is a proviso to the provision made as to the closing date. The closing is to occur on or before November 1, 1969, providing the Vendor has disclosed to the Purchaser all infractions, etc. This is a legal duty imposed by the agreement upon the Vendor, and which he failed to perform.

¹⁵ (1789), 3 T.R. 51 (K.B.D.).

¹⁶ [1901] 2 K.B. 215 (C.A.).

¹⁷ [1913] A.C. 30 (H.L.).

constitue une garantie à la condition qu'il se dégage de la preuve qu'on a voulu donner une garantie: le juge Buller dans *Pasley v. Freeman*¹⁵. Aucune formule spéciale n'est nécessaire. Dans *De Lassalle v. Guildford*¹⁶, à la p. 221, A.L. Smith, M.R., a dit:

[TRANUCTION] Ce doit être un engagement accessoire qui fait partie du contrat par convention expresse ou implicite des parties, et il doit être donné pendant les pourparlers qui aboutissent au marché et en devenir alors partie intégrante.

L'affirmation par le vendeur d'un fait que l'acheteur ignore est un critère d'importance pour déterminer si on a voulu donner une garantie: *Heilbut, Symons & Co. v. Buckleton*¹⁷. J'interprète la stipulation de la promesse de vente comme un engagement ou une promesse du vendeur de révéler à l'acheteur, relativement aux lieux, a) toute infraction en suspens et, b) toute ordonnance exigeant que des travaux soient effectués sur les lieux, émanant d'une autorité municipale, provinciale ou fédérale. La clause est une promesse de se conformer à une obligation imposée par la loi. C'est une affirmation de fait et non pas simplement une matière d'opinion. Le mot «infraction» désigne manifestement les infractions aux arrêtés, règles ou règlements sur la construction applicables.

Les intimés prétendent que les mots [TRANUCTION] «émanant d'une autorité municipale» se rapportent non seulement à «ordonnance exigeant que des travaux soient effectués», mais également à «infraction» et que les demandeurs doivent donc démontrer que l'infraction émane d'une autorité municipale. Une telle interprétation serait une déformation évidente du texte. Une infraction est une violation ou une transgression d'une loi, d'une obligation ou d'un contrat. Elle ne peut «émaner».

La clause en question ici est une stipulation qui s'attache à la disposition relative à la date de la signature de l'acte de vente. La signature devait avoir lieu au plus tard le 1^{er} novembre 1969, à la condition que le vendeur ait révélé à l'acheteur toute infraction, etc. C'est une obligation juridique que la promesse de vente imposait au vendeur et dont ce dernier ne s'est pas acquitté.

¹⁵ (1789) 3 T.R. 51 (K.B.D.).

¹⁶ [1901] 2 K.B. 215 (C.A.).

¹⁷ [1913] A.C. 30 (C.L.).

In the result, because of the Vendor's silence, the closing proceeded and title passed to the Purchaser, but the Purchaser was deprived of his opportunity to refuse to close. Had he been aware of the infraction he could have insisted upon the Vendor complying with the by-law before the agreement was closed. He has, therefore, suffered damage and in the amount assessed by the trial judge.

It was also contended that the words in question constituted a representation, not a warranty, and that the misrepresentation was innocently made and, therefore, not actionable. The distinction between representation and warranty is often tenuous. It is said that a representation is that which precedes and induces the contract, whereas a warranty is embodied in, and is given contemporaneously with, the contract. In *Richview Construction Co. Ltd. v. Raspa*¹⁸, Arnup J.A. had occasion to consider what was required in order to elevate a "mere representation" to a "warranty". Following a comprehensive review of the authorities, repetition of which would be otiose, he concluded that the following clause:

It is understood and agreed that this is a vacant lot and purchaser has the privilege to erect a single family dwelling on plans approved by the borough of Etobicoke. Being a fully serviced Lot.

in an agreement of purchase and sale of a vacant lot in a residential subdivision was a warranty, to be interpreted as if it had been expressed:

I warrant, and I acknowledge that you understand, that this is a fully serviced lot.

The provision in the agreement in the case at bar is, in my opinion, neither a representation nor innocent. It was a promise as to a certain state of affairs and collateral to the main purpose of the contract, which was the transfer of the property in the land. It was knowingly breached by the builder. There was an infraction of the building by-law, affecting a vital part of the building, the foundation. The breach was one which could not possibly

¹⁸ (1975), 11 O.R. (2d) 377.

Finalement, à cause du silence du vendeur, la signature a eu lieu et le titre est passé à l'acheteur, mais celui-ci a été privé de la possibilité de refuser de signer. S'il avait été informé de l'infraction, il aurait pu insister pour que le vendeur se conforme au règlement avant la signature de l'acte de vente. Il a par conséquent subi des dommages dont le montant a été fixé par le juge de première instance.

On a également prétendu que le texte en question constituait une déclaration, non pas une garantie, et que la déclaration erronée a été faite innocemment et, par conséquent, ne donne pas lieu à une poursuite. La distinction entre une déclaration et une garantie est souvent subtile. On dit qu'une déclaration est ce qui précède le contrat et incite à le conclure, alors qu'une garantie est incorporée au contrat et est donnée en même temps que le contrat. Dans *Richview Construction Co. Ltd. v. Raspa*¹⁸, le juge Arnup de la Cour d'appel a eu l'occasion d'examiner ce qui était requis pour qu'une «simple déclaration» devienne une «garantie». Après un exposé complet de la jurisprudence et de la doctrine, qu'il serait superflu de répéter, il a conclu que la clause suivante dans une promesse de vente d'un terrain vague dans un lotissement domiciliaire était une garantie:

[TRADUCTION] Il est entendu et reconnu qu'il s'agit d'un terrain vague et l'acheteur a le privilège de construire une maison unifamiliale d'après les plans approuvés par le village d'Etobicoke. Il s'agit d'un lot viabilisé.

Il a donc jugé qu'il fallait l'interpréter comme si elle avait été ainsi rédigée:

[TRADUCTION] J'affirme, et je constate que vous comprenez, qu'il s'agit d'un lot viabilisé.

A mon avis, la disposition dans la promesse de vente en l'espèce n'est pas une déclaration et n'a pas été faite innocemment. C'est une promesse relative à un certain état de choses et un accessoire de l'objet principal du contrat qui est le transfert de la propriété du bien-fonds. Elle a été sciemment violée par le constructeur. Il y avait une infraction au règlement sur la construction qui en touchait une partie essentielle, la fondation. Il s'agissait

¹⁸ (1975), 11 O.R. (2d) 377.

have been discovered by ordinary inspection for the foundation had been covered up, and the defect hidden, before the sale agreement was entered into. The infraction was not disclosed to the purchaser. The words in question, in my view, constituted a warranty.

Turning then to the question of merger, in real estate law merger occurs when two estates coalesce through a vesting in the same person at the same time in the same right. For example, when a tenant for years acquires the reversion in fee simple the term of years is merged or, more colourfully phrased, it is "annihilated" or "drowned".

Although it is the general rule that the acceptance of a deed is *prima facie* full execution of the agreement to convey, and preliminary agreements and understandings relating to the sale of land become merged in the conveyance, such a rule is not applicable to independent covenants or collateral stipulations in an agreement of sale not intended by the parties to be incorporated in the conveyance. Delivery and acceptance of the conveyance in such circumstances is merely a part performance of the obligations of the vendor under the contract.

Essentially, a deed of conveyance is a mere transfer of title, and it is not to be supposed that the whole contract between the parties is incorporated in the deed. Many provisions found in a contract of sale are not repeated in the deed; for example, an obligation to construct or finish a house in the future, or to install fixtures, or to make improvements or repairs. Where the sale agreement creates rights or imposes obligations or stipulations collateral to, or independent of, the conveyance, the question of whether those stipulations are extinguished by merger is to be treated as one of intention: *Hashman v. Anjulin Farms Ltd.*¹⁹ In the absence of evidence on the point, there is no presumption that the purchaser intended to surrender or abandon the rights acquired by

¹⁹ [1973] S.C.R. 268.

d'une violation qu'un examen ordinaire ne pouvait pas révéler avant la conclusion de la vente parce que la fondation avait été recouverte et le défaut caché. L'infraction n'a pas été divulguée à l'acheteur. A mon avis, le texte en question constitue une garantie.

Passons maintenant à la question de la confusion. En droit immobilier il y a confusion lorsque deux droits de propriété sont réunis sur la même tête en même temps et au même titre. Par exemple, l'acquisition de la pleine propriété, par un locataire à terme, opère confusion, ou de façon plus imagée, le terme du bail est «annihilé» ou «absorbé».

Bien que la règle générale soit que l'acceptation d'un acte de vente constitue *prima facie* l'entière exécution de la promesse de transfert de propriété, et que les conventions préliminaires et les engagements concernant la vente du bien-fonds se confondent avec l'acte translatif de propriété, cette règle ne s'applique pas aux clauses indépendantes ou stipulations accessoires d'une promesse de vente que les parties n'entendaient pas incorporer dans l'acte translatif. La signature et l'acceptation de l'acte translatif de propriété dans ces circonstances n'est qu'une partie de l'exécution des obligations du vendeur en vertu du contrat.

Essentiellement, un acte translatif de propriété est un simple transfert de titre, et il ne faut pas supposer que tout le contrat intervenu antérieurement entre les parties a été incorporé dans l'acte. Plusieurs des dispositions que l'on trouve dans une promesse de vente ne sont pas reproduites dans l'acte; par exemple, l'obligation de construire ou de compléter une maison dans le futur ou d'installer des appareils fixes ou de faire des améliorations ou réparations. Lorsque la promesse de vente crée des droits ou impose des obligations ou stipulations accessoires ou indépendantes de l'acte translatif de propriété, la question de savoir si ces stipulations sont éteintes par confusion doit être considérée comme une question d'intention: *Hashman c. Anjulin Farms Ltd.*¹⁹ En l'absence de preuve sur

¹⁹ [1973] R.C.S. 268.

him under the sale agreement.

No case has been cited in which a Canadian or English court has been called upon to consider whether a stipulation of compliance with municipal by-laws contained in a sale agreement merged in the deed of conveyance. There is an early New York case, *Brennan v. Schellhamer*²⁰, in which the unanimous Court of Common Pleas of New York City and County held that a provision in a contract for the sale of certain premises, that the building thereon was completed in accordance with the requirements of the municipal laws, was not merged in a subsequently executed deed silent on the matter, although at the time of accepting the deed the purchaser knew that the drainage was defective and did not comply with the municipal regulations. In *Goodspeed v. Nicholls*²¹, the Michigan Supreme Court held that an assurance by a vendor that the plumbing, heating, and lighting systems in the structure to be conveyed were in proper useable condition was not merged in the deed. And in *Levin v. Cook*²², the Court of Appeals of Maryland held that although a *prima facie* presumption of law arises from acceptance of a deed that it is in execution of the whole contract, a covenant in an agreement of sale of land that the heating plant is in good condition is a covenant collateral to the deed containing no reference to the heating plant, and the deed is only a partial execution of the agreement between the parties.

The respondents rely upon *Redican v. Nesbitt*²³ where, in *obiter*, Duff J. had this to say:

The whole point is: At what stage does *caveat emptor* apply?

The vendee may rely after completion upon warranty, contractual condition, error *in substantialibus*, or fraud. Once the conveyance is settled and the estate has passed,

²⁰ 13 N.Y. Supp. 558 (1891).

²¹ 204 N.W. 122 (1925).

²² 47 A. 2d 505 (1946).

²³ [1924] S.C.R. 135.

ce point, il n'y a aucune présomption que l'acheteur a voulu délaïsser ou abandonner les droits qu'il avait acquis par la promesse de vente.

On n'a cité aucune cause où une cour canadienne ou anglaise ait été appelée à examiner la question de savoir si la stipulation de conformité aux règlements municipaux contenue dans une promesse de vente était éteinte par confusion avec l'acte translatif de propriété. Il y a un arrêt ancien de l'État de New York, *Brennan v. Schellhamer*²⁰, où la Court of Common Pleas de la ville et du comté de New York, a jugé à l'unanimité qu'une disposition dans un contrat de vente de certains locaux, portant que l'immeuble y érigé avait été parachévé conformément aux exigences des règlements municipaux, ne s'était pas éteinte par confusion avec l'acte signé par la suite qui ne contenait aucune clause à ce sujet, même si lors de l'acceptation de l'acte l'acheteur savait que les installations de drainage étaient défectueuses et n'étaient pas conformes aux règlements municipaux. Dans *Goodspeed v. Nicholls*²¹, la Cour suprême du Michigan a jugé qu'une affirmation du vendeur à l'effet que les installations de plomberie, de chauffage et d'éclairage dans la structure à transférer étaient en bon état d'utilisation ne s'était pas éteinte par confusion avec l'acte. Et dans *Levin v. Cook*²², la Cour d'appel du Maryland a jugé que bien qu'il y ait une présomption *prima facie*, lors de l'acceptation d'un acte translatif, qu'il est fait en exécution de tout le contrat, une clause dans une promesse de vente d'un bien-fonds portant que l'installation de chauffage est en bon état est une clause accessoire de l'acte translatif qui ne fait aucune mention de l'installation de chauffage et n'est qu'une exécution partielle de la convention intervenue entre les parties.

Les intimés s'appuient sur *Redican c. Nesbitt*²³, où dans un *obiter* le juge Duff a dit:

[TRADUCTION] La question est la suivante: A quel moment s'applique la règle *caveat emptor*?

Après parachèvement de la transaction, l'acheteur peut invoquer la garantie, la condition contractuelle, l'erreur sur la substance ou la fraude. Lorsque l'acte

²⁰ 13 N.Y. Supp. 558 (1891).

²¹ 204 N.W. 122 (1925).

²² 47 A. 2d 505 (1946).

²³ [1924] R.C.S. 135.

it seems a reasonable application of the rule to hold that as to warranty or contractual condition resort must be had to the deed unless there has been a stipulation at an earlier stage which was not to be superseded by the deed, as in the case of a contract for compensation. *Bos v. Helsham*. Representation which is not fraudulent, and does not give rise to error *in substantialibus*, could only operate after completion as creating a contractual condition or a warranty. Finality and certainty in business affairs seem to require that as a rule, when there is a formal conveyance, such a condition or warranty should be therein expressed, and that the acceptance of the conveyance by the vendee as finally vesting the property in him is the act which for this purpose marks the transition from contract *in fieri* to contract executed; and this appears to fit in with the general reasoning of the authorities. (at pp. 146-7)

The facts in the *Redican* case bear no resemblance to those in the case at bar and intention was not in issue. In *Redican*, the purchaser received an executed conveyance, giving a cheque for the purchase price. She stopped payment of the cheque before presentment, alleging fraudulent misrepresentation, and the question before the court was whether the trial judge erred in charging the jury that an intention to deceive was essential to support the plea of fraudulent misrepresentation, and in refusing to submit to them the question of whether or not the vendor made the representations without caring whether they were true or not. In *Barak v. Langtry*²⁴, Davey J. noted that Duff J. carefully confined his language to cases in which it was intended that the conveyance should supersede the preliminary agreement. Davey J. observed:

The Court of Appeal of England in *Lawrence v. Cassel*, [1930] 2 K.B. 83, 99 L.J.K.B. 525, and the Court of Appeal of Ontario in *Croft v. Prendergast*, [1949] O.R. 282, held, respectively, in the former case that an express warranty, and in the latter, that an express or, alternatively, an implied warranty similar to those relied upon in this case, were collateral to the main contract and were not merged in the conveyance; that the conveyance was not intended to occupy the whole

²⁴ (1954), 12 W.W.R. (N.S.) 691 (B.C.S.C.).

translatif de propriété est complété et que l'immeuble a été transféré, il semble raisonnable, comme application de la règle, de conclure qu'en ce qui concerne la garantie ou la condition contractuelle il faut recourir à l'acte à moins qu'il y ait eu une stipulation antérieure que l'acte n'a pas supplantée, comme dans le cas d'un contrat d'indemnisation. *Bos v. Helsham*. Une déclaration qui n'est pas frauduleuse, et n'engendre pas d'erreur sur la substance n'a pas d'autre effet, après la signature de l'acte, que de créer une condition contractuelle ou une garantie. L'irrévocabilité et la certitude dans les affaires commerciales semblent exiger qu'en principe, lorsqu'il y a un acte translatif formel, une telle condition ou garantie y soit exprimée, et que l'acceptation de l'acte translatif par l'acheteur comme lui transférant définitivement la propriété soit l'acte qui, à cette fin, marque la transition du contrat à exécuter au contrat exécuté; et cela paraît correspondre au raisonnement général de la jurisprudence et de la doctrine. (aux pp. 146 et 147)

Les faits de l'affaire *Redican* n'ont aucune ressemblance avec ceux de la présente espèce et l'intention n'était pas en litige. Dans *Redican*, l'acheteuse avait reçu un acte translatif signé en remettant un chèque pour le prix d'achat. Elle a mis un arrêt de paiement avant la présentation du chèque en invoquant une fausse déclaration frauduleuse et la question soumise à la Cour était de savoir si le juge de première instance avait commis une erreur en disant au jury que l'intention de tromper était essentielle pour fonder un plaidoyer de fausse déclaration frauduleuse et en refusant de soumettre au jury la question de savoir si le vendeur avait fait les déclarations sans se soucier de leur véracité ou de leur fausseté. Dans *Barak v. Langtry*²⁴, le juge Davey a noté que le juge Duff avait prudemment limité son affirmation aux cas où on a voulu que l'acte translatif de propriété supplante la convention préliminaire. Le juge Davey a fait remarquer:

[TRADUCTION] La Cour d'appel d'Angleterre dans *Lawrence v. Cassel*, [1930] 2 K.B. 83, 99 L.J.K.B. 525, et la Cour d'appel de l'Ontario dans *Croft v. Prendergast*, [1949] O.R. 282, ont respectivement jugé, dans la première cause, qu'une garantie expresse et, dans la seconde, qu'une garantie expresse ou implicite semblable à celle invoquée en l'espèce, étaient accessoires au contrat principal et ne s'étaient pas éteintes par confusion avec l'acte translatif de propriété; que l'acte translatif ne

²⁴ (1954), 12 W.W.R. (N.S.) 691 (C.S.C.-B.).

ground covered by the preliminary agreement. (at p. 698)

I have earlier referred to the *Richview Construction* case in which the agreement contained a warranty that the lot being sold was fully serviced. Six months after closing the transaction the plaintiff discovered that there were no lateral services to the trunk services, and sued. The question of merger was material. Because the *Richview* decision was urged by respondents in this Court, I am constrained to quote several passages of importance in the judgment. After observing that merger depends upon the intention of the parties, expressed or presumed, and is not automatic, and referring to the obvious cases where covenants survive the closing, Mr. Justice Arnup, for the Court, said:

There is not to be found in this agreement any language which expressly provides that the parties intended the warranty to survive the closing. The vendor (through her agent) thought the warranty was true, or fulfilled, when the agreement was executed. The purchaser expected to get on closing a deed in proper form conveying the fee simple to it. This it received.

Its solicitor, or Mr. Grella himself, could have ascertained the true facts by a routine inquiry to the Borough engineering department (which Mr. Grella eventually made). On ascertaining the facts, prior to closing, the purchaser could then have said to the vendor: "Make good your warranty to me, or give me an undertaking to do so, else I will refuse to close."

I cannot find, on these facts, circumstances compelling us to find a presumed intention of the parties—which I think must be an intention of *both* parties—that anything further was to be done by the vendor after closing. The purchaser could have protected itself by searches which careful conveyancing required, or by express wording in the deed, or by a warranty or undertaking clearly expressed as surviving the closing. It did none of these things.

With some regret, I conclude that in the absence of fraud by the vendor, the purchaser had no rights after its purchase was closed. (at pp. 386-7)

visait pas à englober tout le domaine visé par la convention préliminaire. (à la p. 698)

J'ai déjà fait mention de l'arrêt *Richview Construction* où la promesse de vente contenait une garantie que le lot visé était viabilisé. Six mois après la signature de l'acte de vente, le demandeur a découvert qu'il n'y avait pas de services auxiliaires aux services principaux et a intenté une action. La question de la confusion était essentielle. Puisque les intimés ont fait valoir l'arrêt *Richview* devant cette Cour, je suis obligé d'en citer plusieurs passages importants. Après avoir fait remarquer que la confusion dépend de l'intention des parties, exprimée ou présumée, et n'est pas automatique, et s'être référé à des cas évidents où des clauses demeurent en vigueur après la signature de l'acte translatif, le juge Arnup a dit au nom de la Cour:

[TRADUCTION] Rien dans cette convention ne prévoit expressément que les parties voulaient que la garantie demeure en vigueur après la signature de l'acte translatif. La venderesse (par l'intermédiaire de son mandataire) a cru que la garantie était réelle, ou respectée, lorsque la convention a été signée. L'acheteur s'attendait à obtenir au moment de la signature un acte en bonne et due forme lui transférant la pleine propriété. Il l'a reçu.

Son procureur, ou M. Grella lui-même, aurait pu vérifier l'exactitude des faits par une enquête de routine au service de génie du village (ce que M. Grella a finalement fait). S'il avait vérifié les faits, avant la signature, l'acheteur aurait alors pu dire à la venderesse: «Respectez votre garantie, ou donnez-moi une promesse de le faire, sinon je refuse de signer.»

Je ne peux trouver dans ces faits de circonstances qui nous obligent à conclure à l'existence d'une intention présumée des parties—qui, à mon avis, devrait être l'intention des deux parties—que la venderesse devait faire quelque chose de plus après la signature. L'acheteur aurait pu se protéger en faisant les recherches qu'un acheteur prudent effectue normalement, ou en exigeant l'insertion de termes explicites dans l'acte, ou d'une garantie ou promesse qui par l'effet d'une disposition expresse seraient demeurés en vigueur après la signature. Il n'en a rien fait.

Avec regret, je conclus qu'en l'absence de fraude de la part de la venderesse, l'acheteur n'avait aucun droit après la signature de l'acte de vente. (aux pp. 386 et 387)

Intention is a question of fact, and a decision on one set of facts offers little guidance to decision on a different set of facts. In *Richview*, the true facts could have been ascertained by a routine inquiry. If that is the point of the case then, of course, the case at bar is readily distinguishable. If *Richview*, however, stands for the proposition that warranties in the sale agreement are merged in the deed in the absence of circumstances compelling the Court to find the contrary, *i.e.* if the courts cannot find an intention on the part of both parties that the warranty survive, then, with all due respect, I am of the view that *Richview* should not be followed. There is no presumption of merger. The proper inquiry should be to determine whether the facts disclose a common intention to merge the warranty in the deed; absent proof of such intention, there is no merger.

VII

In the case at bar it is difficult to credit the parties with the intention of extinguishing, by the conveyance, the responsibility of the respondents for the improper workmanship represented by wilful infraction of the municipal building by-law. This is particularly true as to a defect not reasonably discoverable at, or prior to the time of, closing. Who would enter into a contract containing an express warranty that the building he was purchasing complied with all applicable building regulations and, at the same time, intend the extinction of that warranty upon taking possession of the building? Is the cause of action extinguished at the moment it is created? The law does not fashion such a trap for the unwary.

I find nothing in the evidence to indicate an intention on the part of either vendor or purchaser that the conveyance should be taken as performance or satisfaction of the warranty in the sale agreement. That warranty was not fulfilled by delivery of the conveyance and, in my view, must be regarded as still subsisting, unaffected by the exclusion clause contained in the contract. The exclusion clause expressly excludes from its reach

L'intention est une question de fait et une décision rendue sur un ensemble de faits présente peu d'utilité quand il faut rendre une décision sur un ensemble de faits différent. Dans *Richview*, les faits réels auraient pu être vérifiés par une enquête de routine. Si l'arrêt repose sur ce point alors, bien sûr, la présente affaire est nettement différente. Cependant, si l'arrêt *Richview* soutient la proposition que les garanties dans la promesse de vente s'éteignent par confusion avec l'acte translatif en l'absence de circonstances obligeant la Cour à juger le contraire, *c.-à-d.*, si les cours ne peuvent juger que les deux parties voulaient que la garantie demeure en vigueur, alors, avec égards, je suis d'avis que *Richview* ne doit pas être suivi. Il n'y a pas présomption de confusion. L'examen approprié devrait chercher à déterminer si les faits révèlent une intention commune d'éteindre la garantie par confusion avec l'acte translatif; sans preuve de cette intention, il n'y a pas de confusion.

VII

En l'espèce, il est difficile de reconnaître chez les parties l'intention d'éteindre, par l'acte translatif de propriété, la responsabilité des intimés pour un travail qui n'est pas accompli selon les règles de l'art et constitue une violation volontaire du règlement municipal sur la construction. Cela est particulièrement vrai d'un défaut qu'on ne peut facilement déceler ni au moment de la signature de l'acte translatif ni auparavant. Qui signerait un contrat contenant une garantie expresse que l'immeuble qu'il achète est conforme aux règlements sur la construction applicables et, en même temps, voudrait que cette garantie s'éteigne en prenant possession de l'immeuble? La cause d'action s'éteint-elle au moment où elle est créée? La loi ne dresse pas un tel piège à l'imprudent.

Je ne trouve rien dans la preuve qui révèle une intention du vendeur ou de l'acheteur que l'acte de vente soit interprété comme l'accomplissement ou l'exécution de la garantie donnée dans la promesse de vente. Cette garantie n'a pas été exécutée par la signature de l'acte de vente et, à mon avis, elle doit être considérée comme toujours en vigueur, indépendamment de la clause d'exclusion contenue dans la promesse de vente. Cette clause exclut

warranties expressed in writing. Express warranties written into the contract are protected. The plaintiffs suffered injury of a kind against which the warranty was designed to give protection. The defendants must make good on their promise and pay sufficient in damages to set things right.

I would accordingly allow the appeal, set aside the judgment of the trial court and the order of the Court of Appeal, and enter judgment in favour of the appellants in the amount of \$4,412.78 with costs in all courts.

The following are the reasons delivered by

RITCHIE J.—I agree with Mr. Justice Dickson that the respondents were in breach of a warranty contained in the agreement for sale of the house here in question and that the subsequent delivery and acceptance of the deed to that house did not serve to relieve them of the obligation represented by that warranty.

I would accordingly dispose of the appeal as proposed by my brother Dickson.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Clement, Eastman, Dreger, Martin & Meunier, Kitchener, Ontario.

Solicitors for the respondents: Harper, Villemaire, Nowak, Kitchener, Ontario.

expressément de sa portée les garanties exprimées par écrit. Les garanties expresses contenues dans la promesse de vente sont protégées. Les demandeurs ont subi un préjudice du genre de ceux dont la garantie devait les protéger. Les défendeurs doivent les indemniser conformément à leur promesse et payer des dommages-intérêts suffisants pour rétablir les choses.

Je suis donc d'avis d'accueillir l'appel, d'infirmier le jugement de la cour de première instance et l'arrêt de la Cour d'appel et de rendre jugement en faveur des appelants pour la somme de \$4,412.78 avec dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE RITCHIE—Je partage l'opinion de mon collègue le juge Dickson que les intimés ont violé la garantie contenue dans la promesse de vente de la maison en question et que la signature et l'acceptation subséquentes de l'acte de vente de cette maison ne les ont pas dégagés de l'obligation qu'exprime cette garantie.

Je suis d'avis de trancher cet appel comme le propose mon collègue le juge Dickson.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants: Clement, Eastman, Dreger, Martin & Meunier, Kitchener, Ontario.

Procureurs des intimés: Harper, Villemaire, Nowak, Kitchener, Ontario.

Fraternité des Policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. formerly known as the Fraternité des Policiers de Montréal Inc.
(Defendant) Appellant;

and

City of Montreal (Plaintiff) and Urban Community of Montreal Respondents;

and

Camille Beaulieu *Mis en cause.*

1980: January 31, February 1; 1980: April 22.

Present: Pigeon, Dickson, Beetz, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Labour law — Arbitral award — Application of Health Insurance Act and Supplemental Pension Plans Act to collective agreement — Invalidity of syndicate by-law — Evocation — Res judicata — Health Insurance Act, S.Q. 1970, c. 37, ss. 12, 13 — Supplemental Pension Plans Act, S.Q. 1965, c. 25, s. 8 — Professional Syndicates Act, R.S.Q. 1964, c. 146, as am. by S.Q. 1965, c. 51, ss. 9, 13a — Civil Code, art. 1241 — Code of Civil Procedure, arts. 847, 850.

Under the collective agreement existing in 1970 between appellant (the "Fraternité") and respondent (the "City"), the employer contributed to the health insurance of its employees. This contribution was paid to the Fraternité health insurance fund in accordance with the *Professional Syndicates Act*. Before the *Health Insurance Act* came into effect on November 1, 1970, the Fraternité adopted a by-law to create a new health insurance fund for services other than insured services within the meaning of the new Act. The City, which was required to pay a larger contribution under the government plan than it was paying under the collective agreement, refused to make any payment to this new plan. The Fraternité submitted a grievance, in which it claimed from the City the amount of the contributions stipulated in the collective agreement for November 1970. The arbitrator allowed this grievance, and the City obtained a writ of evocation from a judge of the Superior Court, but another judge of the Superior Court dismissed the application on the merits. The Court of Appeal reversed the latter judgment, revised the arbitral award and dismissed the grievance of the Fraternité; hence the appeal to this Court.

Fraternité des Policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. antérieurement Fraternité des Policiers de Montréal Inc.
(Défenderesse) Appelante;

et

Ville de Montréal (Demanderesse) et Communauté urbaine de Montréal Intimées;

et

Camille Beaulieu *Mis en cause.*

1980: 31 janvier, 1^{er} février; 1980: 22 avril.

Présents: Les juges Pigeon, Dickson, Beetz, McIntyre et Chouinard.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUEBEC

Droit du travail — Sentence arbitrale — Incidence de la Loi de l'assurance-maladie et de la Loi des régimes supplémentaires de rentes sur la convention collective — Nullité du règlement du syndicat — Évocation — Chose jugée — Loi de l'assurance-maladie, L.Q. 1970, chap. 37, art. 12, 13 — Loi des régimes supplémentaires de rentes, L.Q. 1965, chap. 25, art. 8 — Loi des syndicats professionnels, S.R.Q. 1964, chap. 146, mod. par L.Q. 1965, chap. 51, art. 9, 13a — Code civil, art. 1241 — Code de procédure civile, art. 847, 850.

En vertu de la convention collective existant en 1970 entre l'appelante (la «Fraternité») et l'intimée (la «Ville»), l'employeur contribuait à l'assurance-maladie de ses employés. Cette contribution était versée à la Fraternité pour sa caisse d'assurance-maladie établie en vertu de la Loi des syndicats professionnels. Avant l'entrée en vigueur de la *Loi de l'assurance-maladie*, le 1^{er} novembre 1970, la Fraternité adopta un règlement aux fins de créer une nouvelle caisse d'assurance-maladie pour des services autres que des services assurés au sens de la nouvelle Loi. La Ville qui devait payer en vertu du régime étatique une contribution plus élevée que ce qu'elle versait en vertu de la convention collective refusa de contribuer à ce nouveau régime. La Fraternité présenta un grief par lequel elle réclamait à la Ville le montant des contributions prévues à la convention collective pour le mois de novembre 1970. L'arbitre ayant accueilli le grief, la Ville obtint d'un juge de la Cour supérieure la délivrance d'un bref d'évocation, mais un autre juge de la Cour supérieure rejeta la requête au fond. La Cour d'appel infirma ce dernier jugement, revisa la sentence arbitrale et rejeta le grief de la Fraternité; d'où le pourvoi à cette Cour.

Held: The appeal should be dismissed.

The *Health Insurance Act* in general terminated every contract of insurance covering what became an "insured service" as of November 1, 1970. In creating a government plan, the government voided every contract the purpose of which was to provide what the government had undertaken to provide. Furthermore, s. 8 of the *Supplemental Pension Plans Act* prohibits the coming into force of a plan "unless it is first registered by the Board and certified to be in compliance with the standards", approval which in the case at bar the Board did not give until November 20. By reason of this prohibitive enactment of public order, any provision seeking to give effect to the by-law of the new fund of the Fraternité as of October 15 was void. Because these are the provisions which would have the effect of requiring the City to pay the premium for November, this is a nullity which vitiates the award itself. The arbitrator does not appear to have considered this point. With regard to the judgment authorizing the writ of summons to be issued, this is an interlocutory judgment which did not constitute *res judicata*. The right conferred by the new *Code of Civil Procedure* (1965) to appeal from the decision authorizing or refusing to issue the writ does not have the effect of altering the nature of this judgment and making it final.

Syndicat des professeurs du CEGEP du Vieux-Montréal v. CEGEP du Vieux Montréal, [1977] 2 S.C.R. 568; *Davis v. The Royal Trust Co.*, [1932] S.C.R. 203; *Metras v. Trudeau* (1885), M.L.R. 1 Q.B. 347; *Levine v. Serling* (1911), 23 Que. K.B. 289; *Canadian Car & Foundry v. Bird* (1922), 64 S.C.R. 257; *Dominion Textile Co. v. Skaife*, [1926] S.C.R. 310; *Ville de St-Jean v. Molleur* (1908), 40 S.C.R. 139; *Mutual Life Ins. Co. of New York v. Dame Jeannotte-Lamarque* (1935), 59 Que. K.B. 510; *Parkovnick v. Ducharme*, [1947] Que. K.B. 524; *Couture v. Maurice Pollack Ltée*, [1946] Que. K.B. 243; *Dame Dion v. Orr*, [1961] Que. Q.B. 320; *Bergevin v. Dame Gauthier*, [1961] Que. Q.B. 440; *François Nolin Ltée v. Québec Labour Relations Board*, [1968] S.C.R. 168; *Commission de la fonction publique v. Desbiens*, [1970] C.A. 727; *Collège des médecins v. Léonard*, [1974] C.A. 302; *International Union of Operating Engineers v. Carrières Montréal-Est (1965) Ltée*, [1975] C.A. 454; *Dubois v. Commission de Police du Québec et al.*, [1977] C.A. 28, referred to; *Comité d'appel du bureau provincial de médecine v. Chèvrefils*, [1974] C.A. 123, criticized.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec¹ which reversed a judgment of

¹ [1979] C.A. 51.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

La *Loi de l'assurance-maladie* a de façon générale mis fin à tout contrat d'assurance ayant pour objet ce qui est devenu «service assuré» à compter du 1^{er} novembre 1970. En établissant un régime étatique, l'État a rendu sans objet tout contrat ayant pour but de fournir ce dont l'État s'est chargé. De plus l'art. 8 de la *Loi des régimes supplémentaires de rentes* défend la mise en vigueur d'un régime «à moins qu'il ne soit au préalable enregistré par la Régie et certifié conforme aux normes», approbation que la Régie n'a donné, en l'espèce, que le 20 novembre. En raison de cette disposition prohibitive d'ordre public, toute décision qui prétendait donner effet au règlement de la nouvelle caisse de la Fraternité à compter du 15 octobre était nulle. Comme c'est cette décision qui aurait l'effet d'obliger la Ville à payer la prime pour le mois de novembre, l'on est en présence d'une nullité qui vicie la sentence elle-même. L'arbitre ne paraît pas avoir examiné cette question. Quant au jugement qui a autorisé la délivrance du bref d'assignation, il s'agit d'un jugement interlocutoire qui ne constitue pas chose jugée. Le droit accordé par le nouveau *Code de procédure civile* (de 1965) d'en appeler de la décision qui autorise ou refuse la délivrance de bref n'a pas pour effet de modifier le caractère de ce jugement et de le rendre définitif.

Jurisprudence: *Syndicat des professeurs du CEGEP du Vieux-Montréal c. CEGEP du Vieux Montréal*, [1977] 2 R.C.S. 568; *Davis c. The Royal Trust Co.*, [1932] R.C.S. 203; *Metras c. Trudeau* (1885), M.L.R. 1 Q.B. 347; *Levine c. Serling* (1911), 23 B.R. 289; *Canadian Car & Foundry c. Bird* (1922), 64 R.C.S. 257; *Dominion Textile Co. c. Skaife*, [1926] R.C.S. 310; *Ville de St-Jean c. Molleur* (1908), 40 R.C.S. 139; *Mutual Life Ins. Co. of New York c. Dame Jeannotte-Lamarque* (1935), 59 B.R. 510; *Parkovnick c. Ducharme*, [1947] B.R. 524; *Couture c. Maurice Pollack Ltée*, [1946] B.R. 243; *Dame Dion c. Orr*, [1961] B.R. 320; *Bergevin c. Dame Gauthier*, [1961] B.R. 440; *François Nolin Ltée c. Commission des relations de travail du Québec*, [1968] R.C.S. 168; *Commission de la fonction publique c. Desbiens*, [1970] C.A. 727; *Collège des médecins c. Léonard*, [1974] C.A. 302; *International Union of Operating Engineers c. Carrières Montréal-Est (1965) Ltée*, [1975] C.A. 454; *Dubois c. Commission de Police du Québec et autres*, [1977] C.A. 28; *Comité d'appel du bureau provincial de médecine c. Chèvrefils*, [1974] C.A. 123 (arrêt critiqué).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹ qui a infirmé un jugement de la Cour

¹ [1979] C.A. 51.

the Superior Court and revised an arbitral award. Appeal dismissed.

Mario Létourneau and Normand Beaulieu, for the appellants.

Neuville Lacroix, for the respondent the City of Montreal.

Michel Côté, Q.C., for the respondent the Urban Community of Montreal.

English version of the judgment of the Court delivered by

PIGEON J.—This appeal is from a decision of the Court of Appeal, [1979] C.A. 51, which reversed the judgment of the Superior Court, revised the award made by the mis en cause, Camille Beaulieu, and dismissed the grievance submitted by the Fraternité des Policiers de Montréal Inc. now known as the Fraternité des Policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. (the “Fraternité”). The collective agreement under which the grievance was submitted to arbitration was made with the City of Montreal, but under s. 29 of the Statutes of Quebec 1971, c. 93, the Urban Community of Montreal was substituted for the latter, and it is on this account that it is a respondent in the appeal at bar, under an express provision of the Court granting leave.

As Mayrand J.A. observed in the Court of Appeal, the origins of this case lie in the application of the *Health Insurance Act*, S.Q. 1970, c. 37, to the clauses of a collective agreement providing for a contribution by the employer to health insurance for its employees. The many collective agreements governing various groups of City employees had for a long time provided for a contribution to health insurance by the employer. The collective agreement between the City and the Fraternité for the period from December 1, 1969 to December 31, 1970 contained the following stipulation:

[TRANSLATION] ARTICLE XXXV—HEALTH INSURANCE

35.00 The City assumes the cost of the health insurance premiums of policemen up to an amount of five dollars

supérieure et révisé une sentence arbitrale. Pourvoi rejeté.

Mario Létourneau et Normand Beaulieu, pour l'appelante.

Neuville Lacroix, pour l'intimée la Ville de Montréal.

Michel Côté, c.r., pour l'intimée la Communauté urbaine de Montréal.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Le pourvoi attaque l'arrêt de la Cour d'appel, [1979] C.A. 51, qui a infirmé le jugement de la Cour supérieure, révisé la sentence rendue par le mis en cause, Camille Beaulieu, et rejeté le grief de la Fraternité des Policiers de Montréal Inc. Celle-ci est maintenant devenue la Fraternité des Policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. (la «Fraternité»). La convention collective en vertu de laquelle le grief a été soumis à l'arbitrage a été conclue avec la Ville de Montréal mais, par l'art. 29 de la loi du Québec 1971, chap. 93, la Communauté urbaine de Montréal a été substituée à cette dernière et c'est à ce titre qu'elle est partie intimée au présent pourvoi suivant une disposition expresse de l'autorisation accordée par la Cour.

Comme le dit le juge Mayrand en Cour d'appel, c'est l'incidence de la *Loi sur l'assurance-maladie* (L.Q. 1970, chap. 37) sur les clauses d'une convention collective stipulant une contribution de l'employeur à l'assurance-maladie de ses employés qui est à l'origine du présent litige. Depuis longtemps les nombreuses conventions collectives qui régissent divers groupes d'employés de la Ville stipulaient une contribution patronale à l'assurance-maladie. La convention collective de travail entre la Ville et la Fraternité pour la période du 1^{er} décembre 1969 au 31 décembre 1970 contenait la stipulation suivante:

ARTICLE XXXV—ASSURANCE-MALADIE

35.00 La Ville assume, jusqu'à concurrence de cinq dollars et cinquante cents (\$5.50) par mois pour les

and fifty cents (\$5.50) a month for married policemen and one dollar and sixty-five cents (\$1.65) a month for unmarried policemen. The account shall be rendered monthly by the treasurer of the Fraternité and the cheque shall be made out to the illness assistance fund of the Fraternité. The City may cause the said account to be audited.

The *Health Insurance Act* received royal assent on July 17, 1970, but by virtue of a subsequent Act (S.Q. 1970, c. 38) assented to on October 16, 1970, the provisions establishing the government health insurance plan became effective on November 1. These provisions include, *inter alia*, the following:

12. No person shall make or renew a contract of insurance or make a payment under a contract of insurance under which an insured service is furnished or under which all or part of the cost of such a service is paid to a resident of the Province of Québec or to another person on his behalf.

If such a contract also covers other services and property it shall remain in force as regards such other services and property and the consideration provided with respect to such contract must be adjusted accordingly, unless the beneficiary of such services and of such property agrees to receive equivalent benefits in exchange.

If the consideration was paid in advance, the amount of the reimbursement or adjustment, as the case may be, must be remitted within three months unless the beneficiary agrees, during such period, to receive equivalent benefits.

13. (1) When an employer has undertaken to pay a sum of money for the benefit of his employees for the insurance of the cost of services which become insured services, he must, if the amount which he pays in respect of an employee under sections 67 to 72 is less than the amount which he would otherwise have paid in respect of such employee, remit the difference to him as the instalments become due until such undertaking has terminated, and indicate to his employees, not later than three months after the date fixed under section 90, the amount which is so owing to each of them and the manner in which it was established; when the employees are represented by a certified association within the meaning of the Labour Code, the employer must give such indications to such association.

(2) The employer shall be relieved of the obligation to remit to an employee the amount owing to him under

policiers mariés et de un dollar et soixante-cinq cents (\$1.65) par mois pour les célibataires, le coût de la prime d'assurance-maladie en faveur des policiers. Le compte est produit par le trésorier de la Fraternité chaque mois et le chèque est fait au nom de la caisse de secours en cas de maladie de la Fraternité. La Ville peut faire apurer ledit compte.

La *Loi de l'assurance-maladie* a été sanctionnée le 17 juillet 1970 mais, en vertu d'une loi subséquente (L.Q. 1970, chap. 38) sanctionnée le 16 octobre 1970, les dispositions qui établissaient le régime étatique d'assurance-maladie sont entrées en vigueur le 1^{er} novembre. Ces dispositions comprennent notamment les suivantes:

12. Nul ne doit faire ou renouveler un contrat d'assurance ou effectuer un paiement en vertu d'un contrat d'assurance par lequel un service assuré est fourni ou le coût d'un tel service est payé à une personne qui réside au Québec ou à une autre personne pour son compte, en totalité ou en partie.

Si un tel contrat a aussi pour objet d'autres services et biens, il demeure en vigueur quant à ces autres services et biens et la considération prévue à l'égard de ce contrat doit être ajustée en conséquence, à moins que le bénéficiaire de ces services et de ces biens n'accepte de recevoir en échange des avantages équivalents.

Si la considération a été payée à l'avance, le montant du remboursement ou de l'ajustement, selon le cas, doit être remis dans les trois mois à moins que le bénéficiaire n'accepte au cours de cette période de recevoir des avantages équivalents.

13. (1) Lorsqu'un employeur s'est engagé à payer une somme d'argent au profit de ses employés pour l'assurance du coût de services qui deviennent des services assurés, il doit, si le montant qu'il paie à l'égard d'un employé en vertu des articles 67 à 72 est inférieur au montant qu'il aurait autrement payé à son égard, lui remettre la différence au fur et à mesure des échéances jusqu'au terme de son engagement et indiquer à ses employés, au plus tard trois mois après la date fixée en vertu de l'article 90, le montant qui revient ainsi à chacun d'eux et la façon dont ce montant a été établi; lorsque les employés sont représentés par une association accréditée au sens du Code du travail, l'employeur doit donner ces indications à cette association.

(2) L'employeur est relevé de l'obligation de remettre à un employé le montant qui lui revient, en vertu du

subsection 1 if such employee accepts equivalent benefits in exchange; when employees are represented by a certified association within the meaning of the Labour Code, such association may accept on behalf of the employees the granting to them by the employer of equivalent benefits.

(3) Payment of the amounts owing by an employer to his employees under subsections 1 and 2 cannot be claimed by them before the expiry of the three months contemplated in subsection 1.

(4) If the undertaking by the employer exists under a collective agreement within the meaning of the Labour Code, any difference arising out of the application of this section shall be a grievance within the meaning of the Labour Code, as if it were a case of the interpretation or application of the collective agreement binding the employer and such association; in other cases, recourse may be had to arbitration as if an arbitration clause had been agreed upon between the parties.

(5) For the purposes of this section, the word "employee" includes retired persons and this section shall not apply to employees governed by a collective agreement within the meaning of the Labour Code when such agreement expressly provides for the manner of disposing of insurance of the cost of services which become insured services.

Under the plan adopted by the Fraternité, the benefits conferred on policemen by its assistance fund related essentially to "insured services" within the meaning of the *Health Insurance Act*. On the other hand, the contribution which the City was obliged by that Act to pay as employer was greater than what it had to pay under the collective agreement. Accordingly, if matters had remained there, it is clear that, first, the Fraternité assistance fund would have been released of its obligations to the policemen, the latter being assumed by the government plan, and second, the City would have been relieved of any contribution under the collective agreement since it had become required to pay a greater amount under the government plan.

In these circumstances, the Fraternité adopted three resolutions as follows:

(1) to abolish the illness assistance fund as of October 15, 1970;

paragraphe 1, si cet employé accepte en échange des avantages équivalents; lorsque des employés sont représentés par une association accréditée au sens du Code du travail, cette association peut accepter à la place des employés que l'employeur leur accorde des avantages équivalents.

(3) Le paiement des montants dus par un employeur à ses employés en vertu des paragraphes 1 et 2 ne peut être exigé par eux avant l'expiration des trois mois visés au paragraphe 1.

(4) Si l'engagement de l'employeur existe en vertu d'une convention collective au sens du Code du travail, toute difficulté résultant de l'application du présent article constitue un grief au sens du Code du travail comme s'il s'agissait de l'interprétation ou de l'application de la convention collective liant l'employeur et cette association; dans les autres cas, il y a lieu à arbitrage comme si une clause compromissoire avait été convenue entre les parties.

(5) Aux fins du présent article, le mot «employé» comprend les retraités et le présent article ne s'applique pas aux employés régis par une convention collective au sens du Code du travail lorsque cette convention prévoit explicitement la façon dont il sera disposé d'une assurance du coût de services qui deviennent des services assurés.

Selon le régime établi par la Fraternité les avantages accordés aux policiers par sa caisse de secours visaient essentiellement des «services assurés» au sens de la *Loi de l'assurance-maladie*. D'un autre côté la contribution que la Ville devenait obligée par cette loi de payer comme employeur était plus élevée que celle qu'elle devait payer en vertu de la convention collective. Par conséquent, si les choses étaient restées dans le même état, il est clair que d'un côté la caisse de secours de la Fraternité se serait trouvée déchargée de ses obligations envers les policiers, celles-ci étant prises en charge par le régime étatique, d'un autre côté, la Ville aurait été affranchie de toute contribution en vertu de la convention collective puisqu'elle devenait obligée de payer un montant plus élevé au régime étatique.

C'est dans cette situation que la Fraternité a adopté trois résolutions aux fins:

(1) d'abolir la caisse de secours en cas de maladie à compter du 15 octobre 1970;

(2) to itself allow identical benefits to its members up to November 1;

(3) to create a new health insurance fund as of October 15 for services other than "insured services" within the meaning of the *Health Insurance Act*.

These three resolutions were submitted to a special general meeting of the members of the Fraternité on October 29, 1970 and were approved. The by-law governing the new health insurance fund [TRANSLATION] "created on October 15, 1970" was thus ratified.

The Fraternité is a professional syndicate governed by the *Professional Syndicates Act*, R.S.Q. 1964, c. 146. The power to create special funds is conferred on it by para. 1 of s. 9 of that Act. As amended in 1965 (S.Q. 1965, c. 51, s. 3), this paragraph reads as follows:

(1) Establish and administer special indemnity funds for the heirs or beneficiaries of deceased members, or for the members on the decease of their consorts and special funds for superannuation, assistance in case of illness, unemployment, or other funds of a similar nature, which shall be governed exclusively by the by-laws approved by the Quebec Pension Board.

In addition to amending the foregoing paragraph, the 1965 Act added the following:

13a. The Supplemental Pension Plans Act shall apply, notwithstanding section 2 thereof, to special funds established by the by-laws contemplated in paragraph 1 of section 9 and such by-laws shall constitute plans within the meaning of the said act.

Finally, the *Supplemental Pension Plans Act* (S.Q. 1965, c. 25) provides *inter alia*:

8. No supplemental plan shall come into force in the Province unless it is first registered by the Board and certified to be in compliance with the standards.

To comply with these enactments, the Fraternité on November 4 made an application for approval of the by-law for the new fund. However, the Pension Board did not give its approval until November 20.

(2) d'accorder elle-même des bénéfices identiques à ses membres jusqu'au 1^{er} novembre;

(3) de créer à compter du 15 octobre une nouvelle caisse d'assurance-maladie pour des services autres que des «services assurés» au sens de la *Loi de l'assurance-maladie*.

Ces trois résolutions ont été soumises à une assemblée générale spéciale des membres de la Fraternité le 29 octobre 1970 et elles y ont été approuvées. On a ainsi ratifié le règlement de la nouvelle caisse d'assurance-maladie «créée le 15 octobre 1970».

La Fraternité est un syndicat professionnel régi par la *Loi des syndicats professionnels*, S.R.Q. 1964, chap. 146. Le pouvoir d'établir des caisses spéciales lui est conféré par le par. 1 de l'art. 9 de cette Loi. Avec la modification apportée en 1965 (L.Q. 1965, chap. 51, art. 3), ce paragraphe se lit comme suit:

(1) Établir et administrer des caisses spéciales d'indemnités aux héritiers ou bénéficiaires des membres défunts, ou aux membres au décès de leurs conjoints, des caisses spéciales de retraite, de secours en cas de maladie, de chômage, ou autres caisses de même nature, qui doivent être régies exclusivement par les statuts approuvés par la Régie des rentes du Québec.

En outre de modifier le paragraphe précité, la loi de 1965 a ajouté le texte suivant:

13a. La Loi des régimes supplémentaires de rentes s'applique, nonobstant son article 2, aux caisses spéciales établies par des statuts visés au paragraphe 1 de l'article 9 et ces statuts sont des régimes au sens de ladite loi.

Enfin à la *Loi des régimes supplémentaires de rentes* (L.Q. 1965, chap. 25) on lit, notamment:

8. Aucun régime supplémentaire ne peut être mis en vigueur dans la province, à moins qu'il ne soit au préalable enregistré par la Régie et certifié conforme aux normes.

Pour se conformer à ces dispositions législatives, la Fraternité a, dès le 4 novembre, fait une demande d'approbation du règlement de la nouvelle caisse. Ce n'est cependant que le 20 novembre que la Régie des rentes y a accordé son approbation.

The City refused to make any contribution to health insurance as of November 1, 1970, the date on which the government health insurance plan came into effect. The City found that it was required to pay into this plan a larger contribution than it was paying under the collective agreements and refused to make any payment to the Fraternité. On January 22, 1971 the latter submitted a grievance in writing. It claimed the amount stipulated in clause 35 of the collective agreement for November 1970. This is the grievance which was submitted to arbitration.

The decision of the arbitrator is dated January 26, 1972. He does not appear to have taken into account the requirement of approval by the Pension Board. He stated:

[TRANSLATION] . . . On October 15, 1970, in a special meeting, the members of this Fraternité adopted new by-laws making changes to benefits. They abolished the old fund and created a new one. This was all ratified on October 29, 1970 at a general meeting of the members and submitted for approval by the Superintendent of Insurance, who on November 9, 1970, in a letter to the Fraternité, stated:

I am pleased to inform you on behalf of the Superintendent of Insurance that we agree to the filing of the new by-laws of your Fraternité adopted on October 15, 1970 and ratified at a special meeting of the members held on the 29th of that month. I shall advise the Pension Board to this effect.

(signed) Jean-Yves Hamel,
Legal Counsel.

According to the documents filed, from October 15, 1970 onwards we find that the benefits conferred under this new fund are completely different from those which the legislator would impose under the *Health Insurance Act*, which came into effect on November 1, 1970.

After that, the arbitrator considered whether the agreement allowed the Fraternité to alter at will the benefits for which the City was required to pay a fixed contribution. He concluded that it had this right, stating:

[TRANSLATION] From Clause 35 of the collective agreement it must be deduced that the employer undertook only to pay a sum of money to its policemen, when it is said that: "The City assumes the cost of the health insurance premiums of policemen up to . . ." The policemen were accordingly free, through their Fraternité, to

La Ville a refusé toute contribution à l'assurance-maladie à compter du 1^{er} novembre 1970, date où le régime étatique de l'assurance-maladie est entré en vigueur. La Ville se trouvant obligée de verser à ce régime une contribution plus élevée que ce qu'elle versait en vertu des conventions collectives, a refusé tout paiement à la Fraternité. Celle-ci en date du 22 janvier 1971 a présenté un grief par écrit. Elle y réclame le montant prévu à l'art. 35 de la convention collective pour le mois de novembre 1970. C'est ce grief qui a été soumis à l'arbitrage.

La décision de l'arbitre est en date du 26 janvier 1972. Il ne semble pas avoir tenu compte de la nécessité de l'approbation de la Régie des rentes. En effet il dit:

. . . Les membres de cette Fraternité, le 15 octobre 1970, en assemblée spéciale, ont voté de nouveaux règlements qui apportaient des changements aux bénéfiques. Ils ont aboli l'ancienne caisse et en ont créé une nouvelle. Le tout fut ratifié le 29 octobre 1970 à une assemblée générale des membres et soumis à l'approbation du surintendant des assurances qui, le 9 novembre 1970, dans une lettre adressée à la Fraternité, déclare:

Il m'est agréable de vous informer au nom du surintendant des assurances que nous acceptons le dépôt des nouveaux règlements de votre Fraternité adopté le 15 octobre 1970 et ratifié à une assemblée spéciale des membres tenue le 29 du même mois. J'avise la Régie des Rentes à cet effet.

(signé) Jean-Yves Hamel
Conseiller juridique.

A compter de cette date du 15 octobre 1970, selon les documents produits, on constate que les bénéfiques accordés en vertu de cette nouvelle caisse sont complètement différents de ceux que le législateur imposera en vertu de cette loi d'assurance-maladie qui entrera en vigueur le 1^{er} novembre 1970.

Après cela, l'arbitre se demande si la convention permettait à la Fraternité de modifier à son gré les bénéfiques pour lesquels la Ville était obligée de verser une contribution fixe. Il conclut qu'elle avait ce droit, disant:

De l'article 35 de la convention collective, on doit déduire que l'employeur s'est uniquement obligé de payer une somme d'argent au profit de ses policiers lorsqu'il dit que: «La Ville assume jusqu'à concurrence de, le coût de la prime d'assurance-maladie en faveur de ses policiers». Les policiers étaient donc libres, par l'en-

administer this money paid by the employer, to select the benefits they wanted to have, and to amend them as they saw fit, except that these amounts had to be used for health insurance purposes. In no case is there any mention of their being required, first, to limit themselves to any form of basic coverage.

The arbitrator accordingly concluded that the grievance should be allowed, observing:

[TRANSLATION] Why, even on the very eve of the coming into force of the government's plan, would not the Fraternité have the right to exercise prerogatives which it had always been recognized as having, and which until then it had freely exercised?

There is nothing in the *Health Insurance Act* prohibiting such action. Section 13 of that Act has meaning and effect only in respect of the services which were privately insured on November 1, 1970. It is a statute of public order. Neither the employer nor the employees may contravene it in the case of services which become insured. Section 13 of the Act provides the parties with the necessary machinery for resolving a situation in which there is duplication. On November 1, 1970 there was no such duplication of services. Accordingly, this machinery may not be used. Since neither the wording of the agreement nor established practice prohibited or limited in any way the right of the Fraternité to amend its by-laws, even if such amendment was made at the last minute, it must be concluded that this action was lawful.

Referring to the decision of Mr. Jean-Réal Cardin dated May 13, 1970 [*sic*], we find that the facts were different. In that case the Union of Public Employees, local 301, had negotiated a new insurance policy dated March 2, 1971 but retroactive to November 1, 1970, and that policy was subscribed for a whole range of benefits not covered by the Quebec *Health Insurance Act*. It is quite clear that the Union could not, by a subsequent action, seek to avoid the application of this Act, in particular s. 13. However, it should be noted that, in the case of the Fraternité des Policiers, the amendments made to the benefits were made before the Act came into effect, and on November 1, 1970, when this Act came into effect, it cannot be said that there was any duality or duplication of the same services.

At no point did the arbitrator consider the provisions of s. 13a of the *Professional Syndicates Act* and those of the *Supplemental Pension Plans Act*.

tremise de leur Fraternité, d'administrer ces argents versés par l'employeur, de choisir les bénéficiaires qu'ils désiraient avoir, de les modifier selon leur bon plaisir, sauf que ces sommes devaient être affectées à de l'assurance-maladie. En aucun cas, il n'est fait mention qu'ils devaient, en premier lieu, s'astreindre à une couverture de base quelconque.

L'arbitre en vient donc à la conclusion d'accueillir le grief, disant:

Pourquoi, même à la veille de l'entrée en force du système étatique, la Fraternité n'aurait-elle pas eu le droit d'exercer des prérogatives qui lui ont toujours été reconnues et que, jusque là, elle a librement exercé? (*sic*)

Rien dans la Loi de l'assurance-santé (*sic*) ne lui interdit ce geste. L'article 13 de cette Loi n'a de sens et d'effet que si l'on considère les services qui étaient assurés privément à cette date du 1^{er} novembre 1970. C'est une loi d'ordre public. Ni l'employeur, ni les employés ne peuvent y contrevenir lorsqu'il s'agit de services qui deviennent assurés. L'article 13 de la Loi fournit aux parties le mécanisme nécessaire au règlement de la situation lorsqu'il y a double emploi. Le 1^{er} novembre 1970, il n'y a pas tel double emploi de services. Donc, ce mécanisme ne peut être utilisé. Vu que ni le texte de la convention, ni la pratique établie n'interdit ou ne restreint de quelque façon que ce soit, le droit de la Fraternité de modifier ses règlements, même si telle modification est faite à la dernière minute, on ne peut conclure qu'à la légalité de ce geste.

Référant à la décision de monsieur Jean-Réal Cardin en date du 13 mai 1970, (*sic*) nous constatons que les faits sont différents. Dans ce cas, le Syndicat de la Fonction publique, section 301, avait négocié une nouvelle police d'assurance datée du 2 mars 1971 et rétroactive au 1^{er} novembre 1970, police dans laquelle on souscrivait à tout un éventail de bénéfices non couverts par la Loi de l'assurance-maladie du Québec. Il est bien évident que le Syndicat, par un geste postérieur, ne pouvait tenter d'éviter l'application de cette Loi, et spécialement l'article 13. Mais on doit noter que, dans le cas de la Fraternité des Policiers, les modifications apportées aux bénéfices l'ont été antérieurement à la mise en vigueur de la Loi et, le 1^{er} novembre 1970, lors de l'entrée en vigueur de cette Loi, on ne peut conclure qu'il y ait eu dualité au (*sic*) double emploi pour les mêmes services.

Nulle part l'arbitre n'a considéré les dispositions de l'art. 13a de la *Loi des syndicats professionnels* et celles de la *Loi des régimes supplémentaires de*

He recognized the principle that the application of the *Health Insurance Act* could not be prevented by a retroactive amendment of benefits insured in consideration of a premium paid under a collective agreement, but he held that the change was made by the Fraternité in good time before November 1. He did not stop to consider whether by the effect of that Act, the whole matter was not brought forward to the date of approval by the Pension Board, that is November 20. This is the reason for which the Court of Appeal reversed the decision. Mayrand J.A. said (at p. 55):

[TRANSLATION] The right to establish and administer illness assistance funds is granted to the Fraternité by virtue of the *Professional Syndicates Act*. Section 9 of that Act (as amended by S.Q. 1965, c. 51, s. 3) provides that such funds

... shall be governed exclusively by the by-laws approved by the Quebec Pension Board.

The Fraternité did not seek approval of the new by-laws until November 4, 1970, and approval was given on November 20 (Exhibit U-2A-b, J.R., p. 109).

The validity of the by-laws adopted by the Fraternité is subject to approval by the Pension Board, and the by-laws accordingly cannot have effects prior to such approval without infringing the rule that by-laws are not retroactive. Approval by a higher authority enables the latter to decide on the advisability of the measure submitted at the time when such authority makes its decision. This administrative caution is destroyed if there is an attempt to give retroactive effect to the approval.

I accordingly conclude that the changes which the Fraternité attempted to make before November 1, 1970 could only be effective after that time, when the competent authority gave its approval of the new by-laws adopted earlier. As a consequence, the conditions set forth in s. 13(1) of the *Health Insurance Act* were met; the City undertook to pay and in fact paid a contribution for the benefit of its policemen for the insurance of the cost of services which became insured services under the public health insurance plan.

As the arbitrator was in error as to the existence of these facts, on which his jurisdiction depended, his refusal to exercise the jurisdiction conferred on him by s. 13(4) of the Act gave rise to evocation.

rentes. Il admet le principe que l'on ne pouvait empêcher l'application de la *Loi de l'assurance-maladie* par une modification rétroactive des bénéfices assurés en contrepartie d'une prime versée en vertu d'une convention collective, mais il tient que le changement a été effectué par la Fraternité en temps utile avant le 1^{er} novembre. Il ne s'arrête pas à se demander si par l'effet de la loi, tout cela n'était pas reporté à la date d'approbation par la Régie des rentes, c'est-à-dire, le 20 novembre. C'est là le motif pour lequel la Cour d'appel a infirmé la décision. Le juge Mayrand dit (à la p. 55):

Le droit d'établir et d'administrer des caisses de secours en maladie est accordé à la Fraternité en vertu de la *Loi des syndicats professionnels*. L'article 9 de cette Loi (tel qu'alors modifié par (L.Q. 1965, chap. 51), art.3) statue que ces caisses

... doivent être régies exclusivement par les statuts approuvés par la Régie des rentes du Québec.

La Fraternité n'a sollicité l'approbation des nouveaux règlements que le 4 novembre 1970 et l'approbation a été donnée le 20 novembre (pièce U-2A-b, d.c., p. 109).

La validité des règlements adoptés par la Fraternité étant soumise à l'approbation de la Régie des rentes, les effets des règlements ne pouvaient pas être antérieurs à cette approbation sans que la règle de la non-rétroactivité des règlements soit violée. L'approbation par une autorité supérieure permet à celle-ci de juger de l'opportunité de la mesure soumise au moment même où cette autorité se prononce. Cette prudence administrative est faussée si l'on prétend donner à l'approbation un effet rétroactif.

J'en arrive donc à la conclusion que les changements que la Fraternité a tenté de réaliser avant le 1^{er} novembre 1970 n'ont pu prendre effet que plus tard, au moment de l'approbation par l'autorité compétente des nouveaux règlements adoptés antérieurement. Par conséquent, les conditions énoncées à l'article 13.1 de la *Loi de l'assurance-maladie* ont été remplies: la Ville s'était engagée à payer et a effectivement payé une contribution au profit de ses policiers pour l'assurance du coût de services qui sont devenus des services assurés par le régime public de l'assurance-maladie.

L'arbitre s'étant trompé sur l'existence de ces faits attributifs de juridiction, son refus d'exercer la juridiction que lui conférait l'article 13.4 de la Loi donne ouverture à l'évocation.

With respect to s. 13(1) of the *Health Insurance Act*, I must say that it does not seem to me to have quite the scope which the arbitrator and the Court of Appeal appear to have given it. In fact, if the wording is closely scrutinized, it will be seen that the obligation contemplated applies only in the case where the employer pays the government plan an amount which is "less" than what "he would otherwise have paid". In the case at bar, this does not occur: the employer is not paying the government plan less, it is paying more. However, this does not mean that the *Health Insurance Act* is not to be taken into account, for even if s. 13 does not cover this particular case, the fact remains that this Act did in general terminate every contract of insurance covering what became an "insured service" as of November 1, 1970. This is what s. 12 provides. In creating a government plan, the government voided every contract the purpose of which was to provide what the government had undertaken to provide. All contracts concluded for this purpose accordingly became void as of November 1, and all obligations under such contracts therefore became obligations without a consideration.

No one appears to have suggested or contended that, because technically, in the case of the Fraternité, a contribution to a benefit fund was stipulated rather than a contract of insurance, the provisions of ss. 12 and 13 of the *Health Insurance Act* could not be relied on. The situation here involves the application of fundamental principles of the law of contract, and I am satisfied that no one erred in concluding that the obligation to make a contribution to an illness benefit fund was in all respects to be assimilated to the obligation to pay a health insurance premium, in defining the consequences of the Quebec government plan which became effective on November 1, 1970. It accordingly appears to me that the Court of Appeal did not err in holding that if, for November 1970, the City's obligation was to pay a contribution for "insured services", this obligation was extinguished as a result of the Act. To hold otherwise, it would be necessary to conclude that the obligation of the City at that time was to pay a contribution for the benefits contemplated in the new assistance fund of the Fraternité. To arrive at such a conclu-

Au sujet du par. 1 de l'art. 13 de la *Loi de l'assurance-maladie*, je dois dire qu'il ne me paraît pas avoir toute la portée que l'arbitre et la Cour d'appel semblent lui avoir attribuée. En effet, si l'on examine attentivement le texte, on voit que l'obligation qu'il vise ne s'applique que dans le seul cas où l'employeur paye au régime étatique un montant «inférieur» à ce «qu'il aurait autrement payé». En l'occurrence, cela ne se présente pas, l'employeur ne paye pas moins au régime étatique, il paye davantage. Cela ne veut pas dire, cependant, qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de la *Loi de l'assurance-maladie*, car même si l'art. 13 ne prévoit que ce cas particulier, il reste que cette loi a de façon générale mis fin à tout contrat d'assurance ayant pour objet ce qui est devenu «service assuré» à compter du 1^{er} novembre 1970. C'est ce qu'édicté l'art. 12. En établissant un régime étatique, l'État a rendu sans objet tout contrat ayant pour but de fournir ce dont l'État s'est chargé. Les contrats conclus à cette fin sont donc devenus sans objet à compter du 1^{er} novembre et les obligations découlant de pareils contrats sont donc devenues des obligations sans cause.

Personne ne semble avoir suggéré ou soutenu que, parce que dans le cas de la Fraternité il ne s'agissait pas en droit strict d'un contrat d'assurance mais d'une contribution à une caisse de bénéfices, les dispositions des art. 12 et 13 de la *Loi de l'assurance-maladie* ne pouvaient être invoquées. Il s'agit ici de l'application de principes fondamentaux du droit des contrats et je suis convaincu que personne n'a fait erreur en considérant que l'obligation de verser une contribution à une caisse de bénéfices en cas de maladie, était en tout point assimilable à l'obligation de payer une prime d'assurance-maladie, en tant qu'il s'agissait d'apprécier les conséquences de l'entrée en vigueur du régime étatique au Québec, le 1^{er} novembre 1970. Il me paraît donc que la Cour d'appel n'a pas fait erreur en considérant que si, pour le mois de novembre 1970, l'obligation de la Ville était de payer une contribution pour des «services assurés», cette obligation s'était trouvée éteinte par l'effet de la Loi. Afin qu'il en soit autrement, il faudrait en venir à la conclusion que l'obligation de la Ville était à ce moment-là de payer une contribution

sion, it must be found that: (1) this was the obligation stipulated in the contract; (2) this new plan had come into effect.

The Court of Appeal did not feel it necessary to rule on the first point, which is exclusively a matter of interpretation of the contract. In this regard, I shall merely point out that the interpretation of the agreement was within the jurisdiction of the arbitrator. In order to interfere with his decision, the Court must not simply be of the opinion that another interpretation would be preferable. As I observed in *Syndicat des professeurs du CEGEP du Vieux-Montréal*², at p. 573, it must be found that the arbitrator has given "the text a construction it could not bear". This is what counsel for the Urban Community maintained, arguing that the obligation referred to the contribution to the existing fund, not to a new fund of a different nature.

On the second point, it should be noted that this involves a prohibitive provision of public order, and that s. 8 of the *Supplemental Pension Plans Act* prohibits the coming into force of a plan "unless it is first registered by the Board and certified to be in compliance with the standards". How, in the face of such an express provision, can there be any conclusion reached other than that arrived at by the Court of Appeal, namely, that the new benefit fund could not legally operate before November 20? The question may at times arise whether the official approval of some documents makes them valid from the day on which they were executed, but the provision in question here appears designed to exclude this possibility. It is true that the by-law which the Pension Board approved sets the commencement of the new "health insurance" plan at October 15, 1970, but I cannot see how the approval by the Board could be effective as against a prohibitive statute. Under art. 14 C.C., "Prohibitive laws import nullity, although such nullity be not therein expressed".

Can it be said that as the by-law was adopted to have effect as of October 15, the date on which the

pour les bénéficiaires prévus par la nouvelle caisse de secours de la Fraternité. Avant d'en venir à cette conclusion-là il faut conclure: (1) que telle était l'obligation stipulée au contrat; (2) que ce nouveau régime était entré en vigueur.

La Cour d'appel n'a pas cru nécessaire de se prononcer sur le premier point qui dépend exclusivement de l'interprétation du contrat. A ce sujet je me contenterai de faire observer que l'interprétation de la convention est du domaine de la compétence de l'arbitre. Pour intervenir à l'encontre de sa décision il ne suffit pas que le tribunal soit d'avis qu'une autre interprétation serait préférable. Il faut, comme je l'ai souligné dans l'affaire du *Syndicat des professeurs du CEGEP du Vieux-Montréal*² (à la p. 573) que l'arbitre «ait donné au texte un sens dont il n'était pas susceptible». C'est ce que l'avocat de la Communauté urbaine a soutenu en disant que l'obligation visait la contribution à la caisse qui existait, pas à une nouvelle caisse de nature différente.

Quant au second point, il faut noter qu'il met en jeu une disposition prohibitive d'ordre public et l'on remarquera que l'art. 8 de la *Loi des régimes supplémentaires de rentes* défend la mise en vigueur d'un régime «à moins qu'il ne soit au préalable enregistré par la Régie et certifié conforme aux normes». Comment peut-on, en face d'un texte aussi explicite, conclure autrement que l'a fait la Cour d'appel, à savoir, que la nouvelle caisse de bénéficiaires ne pouvait pas fonctionner légalement avant le 20 novembre? On peut parfois se demander si l'approbation officielle de certains actes ne les valide pas à compter du jour où ils ont été signés, mais le texte qu'il faut appliquer semble destiné à exclure cette possibilité. Il est vrai que le règlement que la Régie des rentes a approuvé fixe le début du nouveau régime d'«assurance-maladie» au 15 octobre 1970, mais je vois mal comment une approbation de la Régie pourrait valoir à l'encontre d'une loi prohibitive. En vertu de l'art. 14 C.c., «Les lois prohibitives emportent nullité, quoiqu'elle n'y soit pas prononcée».

Peut-on dire que le règlement ayant été passé pour avoir effet à compter de la date du 15 octobre

² [1977] 2 S.C.R. 568.

² [1977] 2 R.C.S. 568.

executive of the Fraternité adopted it, it had an apparent validity and it was not for the arbitrator to declare it to be void, as this was exclusively a matter for the courts? I do not think so. I think the same rule should be followed as in dealing with a decision of an inferior court, as for instance a municipal court. Although it cannot pass up on the validity of a municipal by-law, this does not mean that its decision based on an invalid by-law cannot be quashed for the defect resulting in the nullity of the by-law on which it is based. Thus, once the Court has to hold that, by virtue of a prohibitive enactment of public order, the by-law for the new Fraternité fund could not come into force before approval by the Pension Board, it follows that any provision seeking to give it effect as of October 15 was void. Because these are the provisions which would have the effect of requiring the City to pay the premium for November, I think it is clear that this is a nullity which vitiates the award itself. The arbitrator does not appear to have considered this point, and the same is true of the trial judge, who like him, merely considered whether under clause 35 of the agreement the City's obligation applied to the premium payable to the new fund.

In its factum the City relied on the judgment authorizing the writ of summons to be issued, as having the force of *res judicata*. This judgment was rendered in accordance with art. 847 C.C.P., the second paragraph of which provides:

The judge to whom the motion is presented cannot authorize the issuance of a writ of summons unless he is of opinion that the facts alleged justify the conclusions sought.

Under art. 850 this decision was subject to appeal. An appeal was entered by the Fraternité, but it was discontinued. The case was then heard before a judge other than the one who authorized the writ to be issued. In this Court it was argued that so far as the second judge was concerned, and therefore also the Court of Appeal and this Court, what the first judge said as to the law constituted *res judicata*. It will immediately be seen how

où l'exécutif de la Fraternité l'a adopté, il avait une validité apparente et qu'il n'appartenait pas à l'arbitre d'en prononcer la nullité cela étant du ressort exclusif des tribunaux? Je ne le crois pas. Je pense qu'il faut suivre la même règle que lorsqu'on est en présence d'une décision d'un tribunal inférieur, comme par exemple, une cour municipale. S'il ne lui appartient pas de se prononcer sur la validité d'un règlement municipal cela n'empêchera pas que sa décision fondée sur un règlement invalide soit susceptible d'être cassée pour le vice qui entraîne la nullité du règlement sur lequel elle est fondée. Ainsi dès que l'on est obligé d'en venir à la conclusion que par suite d'une disposition prohibitive d'ordre public, le règlement de la nouvelle caisse de la Fraternité ne pouvait pas être mis en vigueur avant l'approbation par la Régie des rentes, il faut dire que toute décision qui prétendait lui donner effet à compter du 15 octobre était nulle. Comme ce sont ces décisions qui auraient l'effet d'obliger la Ville à payer la prime pour le mois de novembre, il me paraît certain que l'on est en présence d'une nullité qui vicie la sentence elle-même. L'arbitre ne paraît pas avoir examiné cette question et il en est de même du juge de première instance qui s'est uniquement arrêté comme lui à se demander si en vertu de l'art. 35 de la convention, l'obligation de la Ville, s'appliquait à la prime payable à la nouvelle caisse.

Dans son mémoire, la Ville invoque, comme ayant force de chose jugée, le jugement qui a autorisé la délivrance du bref d'assignation. Ce jugement a été rendu suivant l'art. 847 C.p.c. dont le second alinéa dispose:

Le juge à qui la requête est présentée ne peut autoriser la délivrance du bref d'assignation que s'il est d'avis que les faits allégués justifient les conclusions recherchées.

En vertu de l'art. 850 cette décision était sujette à appel. Un appel a été inscrit par la Fraternité mais elle s'en est désistée. L'affaire a ensuite été instruite devant un juge autre que celui qui avait autorisé la délivrance du bref. On a soutenu devant nous qu'envers ce second juge, et par conséquent envers la Cour d'appel et nous, ce que le premier avait dit sur le droit constituait chose jugée. On voit tout de suite, combien cette prétention serait

fraught with consequences this argument would be if it were valid. Since there is some support for it in recent cases and comments, I feel it is proper for me to make some observations on this point.

The rule on *res judicata* is stated in art. 1241 C.C.;

Art. 1241. The authority of a final judgment (*res judicata*) is a presumption *juris et de jure*; it applies only to that which has been the object of the judgment, and when the demand is founded on the same cause, is between the same parties acting in the same qualities, and is for the same thing as in the action adjudged upon.

In *Davis v. The Royal Trust Co.*³, Rinfret J. reviewed the cases on the authority of interlocutory judgments under the law of Quebec. The appeal was from a decision of the Court of Appeal which had affirmed the dismissal of an exception to the form alleging plaintiffs' lack of capacity. The appeal was quashed on the ground that the judgment *a quo* was not "final" within the meaning of the *Supreme Court Act*, because it did not "determine" a "substantive right". Clearly, in order to so hold this Court had to come to the conclusion that the interlocutory judgment, even when affirmed by the Court of Appeal, did not constitute *res judicata*. Rinfret J. noted first (at p. 207), that in 1885, in *Metras v. Trudeau*⁴, the Court of Appeal had held:

[TRANSLATION] That the appeal from the judgment of the Superior Court again puts in question all the interlocutory judgments rendered in the case, and that the failure by a defendant to protest against or appeal from an interlocutory judgment dismissing his exception to the form does not prevent him from discussing this judgment on the appeal from the final judgment, as the interlocutory is not *res judicata* on the questions raised by his exception to the form.

He then emphasized, citing several cases, that this rule had been invariably followed. Among the cases cited was *Levine v. Serling*⁵, in which one reads (at p. 293):

[TRANSLATION] Whereas the thirty-day period fixed by art. 1211 C.C.P. for an appeal from interlocutory judgments is designed simply to allow a speedy appeal, before the final judgment, from interlocutory judgments

grosse de conséquences si elle était bien fondée. Vu qu'elle trouve un certain appui dans la jurisprudence et la doctrine récentes, il me semble à propos de faire quelques observations sur ce point.

C'est à l'art. 1241 C.c. que le principe de la chose jugée est formulé:

Art. 1241. L'autorité de la chose jugée est une présomption *juris et de jure*; elle n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement, et lorsque la demande est fondée sur la même cause, est entre les mêmes parties, agissant dans les mêmes qualités, et pour la même chose que dans l'instance jugée.

Dans *Davis c. The Royal Trust Co.*³ le juge Rinfret a fait une revue de la jurisprudence sur l'autorité des jugements interlocutoires en droit québécois. Le pourvoi attaquait un arrêt de la Cour d'appel qui avait confirmé le rejet d'une exception à la forme alléguant défaut de capacité des demandeurs. Le pourvoi a été cassé au motif que le jugement attaqué n'était pas «définitif» au sens de la *Loi sur la Cour suprême* parce qu'il ne «déterminait» pas un «droit absolu». Pour statuer ainsi il fallait évidemment en venir à la conclusion que le jugement interlocutoire, même confirmé par la Cour d'appel, ne constituait pas chose jugée. Le juge Rinfret a d'abord rappelé (à la p. 207) que, dès 1885, dans *Metras c. Trudeau*⁴, la Cour d'appel avait jugé:

Que l'appel du jugement de la Cour Supérieure soulève de nouveau tous les jugements interlocutoires rendus dans la cause, et que le défaut par un défendeur d'exciper ou d'appeler d'un jugement interlocutoire renvoyant son exception à la forme, ne l'empêche pas de discuter ce jugement sur l'appel du jugement final, l'interlocutoire n'étant pas *chose jugée* sur les questions soulevées par son exception à la forme.

Après cela il a souligné, citant plusieurs arrêts, que cette règle avait été uniformément suivie. Parmi les arrêts cités on voit notamment *Levine c. Serling*⁵ où l'on lit (à la p. 293):

Considérant que le délai de trente jours, fixé par l'article 1211, C. proc., pour appeler des jugements interlocutoires, n'a pour objet que de permettre hâtivement, avant le jugement définitif, l'appel des jugements

³ [1932] S.C.R. 203.

⁴ (1885), M.L.R. 1 Q.B. 347.

⁵ (1911), 23 Que. K.B. 289.

³ [1932] R.C.S. 203.

⁴ (1885), M.L.R. 1 Q.B. 347.

⁵ (1911), 23 B.R. 289.

prejudging the merits, with the necessary suspension of the proceedings under way, but the failure to appeal from such judgments within this short time period does not have the effect of depriving the losing party of his right to appeal later, at the same time as from the final judgment.

After referring to *Canadian Car & Foundry v. Bird*⁶, in which this Court had similarly held that the judgment of the Court of Appeal was not "final", he stated (at p. 208):

It may be, now that the Court of King's Bench has pronounced upon the point concerning the absence of quality of the respondents, that the Superior Court and the Court of King's Bench itself will be inclined to follow the ruling already made, when the question comes again for decision on the merits of the case. This will not be, however, because of lack of power to decide otherwise. It will be rather the effect of the application to the particular instance of the maxim *Stare decisis*. But we entertain no doubt that if the appellant ever comes before a higher court upon the merits, she will be at liberty to take up the point again and have it revised, should the judgment of the Court of King's Bench be erroneous, (1906), 37 S.C.R. 535, at p. 539.

The learned judge noted, however, that an exception had to be made in the case of a judgment maintaining a demurrer, in accordance with the decision in *Dominion Textile Company v. Skaiife*⁷. In this regard he said (at p. 209), before citing another case to the same effect (*Ville de St-Jean v. Molleur*⁸):

Judgments maintaining demurrers, in whole or in part, are not analogous. If the demurrer be to the whole action and if it be maintained, the action is dismissed and *cadit questio*. In all other cases, the allegations struck out upon demurrer disappear from the record and no evidence whatever can be adduced in respect thereof at the trial. The trial judge is therefore powerless, and any attempt by him to remedy the situation by the final judgment would be ineffective and inoperative. The result is that judgments on demurrers striking out part of the allegations stand in a class by themselves and must be treated as final judgments.

interlocutoires préjugant le fond, avec suspension nécessaire de la marche de l'instance, mais que le défaut d'appel de ces jugements, dans ce court délai, n'a pas pour effet de priver la partie lésée d'en appeler plus tard, en même temps que du jugement définitif.

Après avoir fait mention de l'arrêt *Canadian Car & Foundry c. Bird*⁶ où la Cour avait pareillement jugé non « définitif » l'arrêt de la Cour d'appel, il a déclaré (à la p. 208):

[TRADUCTION] Maintenant que la Cour du Banc du Roi s'est prononcée sur l'absence de qualité des intimés, il se peut que la Cour supérieure et la Cour du Banc du Roi elle-même soient portées à suivre la décision déjà rendue lorsque viendra le moment de trancher de nouveau la question sur le fond. Mais ce ne sera pas parce qu'elles n'auront pas le pouvoir de rendre une décision différente. Ce sera plutôt l'effet de l'application en l'instance de la maxime *stare decisis*. Il ne fait aucun doute que si jamais l'appellante interjette appel sur le fond devant un tribunal d'instance supérieure, il lui sera loisible de soulever de nouveau la question et de la faire reviser si l'arrêt de la Cour du Banc du Roi est erroné, (1906), 37 R.C.S. 535, à la p. 539.

Le savant juge a cependant signalé qu'il fallait faire une exception pour le cas d'un arrêt accueillant une inscription en droit, suivant ce qui a été jugé dans *Dominion Textile Company c. Skaiife*⁷. A ce sujet il a dit (à la p. 209) avant de citer un autre arrêt au même effet (*Ville de St-Jean c. Molleur*⁸):

[TRADUCTION] Les jugements qui accueillent, en tout ou en partie, des inscriptions en droit, ne sont pas de la même nature. Si c'est une inscription totale et elle est accueillie, l'action est rejetée et la question ne se pose plus. Dans tous les autres cas, les allégations radiées à la suite d'une inscription en droit disparaissent du dossier et aucune preuve y afférente ne peut être présentée au procès. Le juge de première instance n'a donc plus aucun pouvoir et toute tentative de sa part visant à remédier à la situation serait sans effet et inopérante. On voit donc que les jugements sur des inscriptions en droit qui radient une partie des allégations forment une catégorie à part et doivent être considérés comme des jugements définitifs.

⁶ (1922), 64 S.C.R. 257.

⁷ [1926] S.C.R. 310.

⁸ (1908), 40 S.C.R. 139.

⁶ (1922), 64 R.C.S. 257.

⁷ [1926] R.C.S. 310.

⁸ (1908), 40 R.C.S. 139.

In *Mutual Life Insurance Company of New York v. Dame Jeannotte-Lamarche*⁹, as in *Parkovnick v. Ducharme*¹⁰, the Court of Appeal followed the earlier cases and reversed the judgments on the merits by revising interlocutory decisions.

In *Couture v. Maurice Pollack Ltée*¹¹, the exception with respect to judgments on a demurrer striking out part of the allegations of the action was applied.

In 1961, despite a strong dissent based on the earlier cases, the Court of Appeal applied this exception to interlocutory decisions sustaining an objection to evidence: *Dame Dion v. Orr*¹². In doing so, the Court relied on the above quoted words of Rinfret J. in *Davis v. The Royal Trust Co.*, respecting allegations struck out on a demurrer, although he had taken care to state that those judgments "stand in a class by themselves". A decision to the same effect was made in *Bergevin v. Dame Gauthier*¹³, a case reported in summary form only.

The new *Code of Civil Procedure* was promulgated in 1965. As was mentioned in *François Nolin Ltée v. Quebec Labour Relations Board*¹⁴, art. 847 [TRANSLATION] "gave legislative sanction to the rule laid down in *Ville de Montréal v. Benjamin News*, [1965] Qué. Q.B. 376, that before authorizing a writ of prohibition to be issued the judge must pronounce on the law". However, art. 850 breaks new ground by allowing a right of appeal from the "judgment granting . . . authorization to exercise the recourse" as from the judgment refusing it.

It was not long before the question was raised whether this change might have altered the nature of the judgment authorizing the writ to be issued. In *Commission de la fonction publique v. Desbiens*¹⁵, the Court of Appeal followed the earlier precedents. The report includes only a sum-

Dans *Mutual Life Insurance Company of New York c. Dame Jeannotte-Lamarche*⁹ comme dans *Parkovnick c. Ducharme*¹⁰, la Cour d'appel a suivi la jurisprudence antérieure et cassé des jugements au fond en révisant des interlocutoires.

Dans *Couture c. Maurice Pollack Ltée*¹¹ on a appliqué l'exception relative aux jugements sur une inscription en droit qui retranche une partie des allégations de la demande.

En 1961, malgré une forte dissidence fondée sur toute la jurisprudence antérieure, la Cour d'appel applique cette exception aux interlocutoires qui accueillent une objection à la preuve: *Dame Dion c. Orr*¹². Pour cela on se fonde sur ce que le juge Rinfret a dit dans *Davis c. The Royal Trust Co.*, précité, au sujet d'allégations rejetées sur inscription en droit bien qu'il ait pris la peine de dire que ces jugements «stand in a class by themselves». On voit une décision au même effet dans *Bergevin c. Dame Gauthier*¹³, arrêt dont le recueil ne renferme qu'un sommaire.

En 1965, le nouveau *Code de procédure* est promulgué. Comme on l'a fait observer dans *François Nolin Ltée c. Commission des Relations de travail du Québec*¹⁴, l'art. 847 «a consacré législativement la règle formulée dans *Ville de Montréal c. Benjamin News*, [1965] B.R. 376, à l'effet qu'avant d'autoriser la délivrance d'un bref de prohibition le juge doit statuer sur le droit». Cependant, l'art. 850 innove en accordant le droit d'appel de la «décision qui accorde l'autorisation d'exercer le recours» comme de celle qui la refuse.

On n'a pas tardé à se demander si ce changement pouvait avoir pour effet de modifier le caractère du jugement qui autorise la délivrance du bref. Dans *Commission de la fonction publique c. Desbiens*¹⁵ la Cour d'appel a suivi la jurisprudence antérieure. Le recueil ne renferme qu'un sommaire

⁹ (1935), 59 Que. K.B. 510.

¹⁰ [1947] Que. K.B. 524.

¹¹ [1946] Que. K.B. 243.

¹² [1961] Que. Q. B. 320.

¹³ [1961] Que. Q. B. 440.

¹⁴ [1968] S.C.R. 168.

¹⁵ [1970] C.A. 727.

⁹ (1935), 59 B.R. 510.

¹⁰ [1947] B.R. 524.

¹¹ [1946] B.R. 243.

¹² [1961] B.R. 320.

¹³ [1961] B.R. 440.

¹⁴ [1968] R.C.S. 168.

¹⁵ [1970] C.A. 727.

mary of the decision, but the following passage at p. 728 is taken verbatim from the reasons of Turgeon J.A., who wrote the unanimous opinion of the Court:

[TRANSLATION] Respondent's argument based on the authority of *res judicata* must be disposed of immediately. With all due respect for the contrary opinion, the judge was not bound on the merits by the decision authorizing the writ to be issued. The latter was handed down before the case began and constituted only a preparatory judgment. Furthermore, for there to be *res judicata*, there must be identity of parties acting in the same capacities, identity of case and identity of object. But, the object of the first judgment was to authorize the writ to be issued: it did not decide the case. Moreover, on the merits, the judge had primarily to decide whether the Board had exceeded its jurisdiction. Accordingly, there was no identity of object.

The Court of Appeal expressed different views in *Comité d'appel du bureau provincial de médecine v. Chèvrefils*¹⁶. The Superior Court judgment which had maintained the writ of evocation was upheld in that case, so that it was not necessary to rule on the effect of the judgment which had authorized the writ to be issued. Before citing most of the above quoted extract from the judgment in *Desbiens*, Kaufman J.A. cited what had been said in this Court in *François Nolin Ltée v. Québec Labour Relations Board*, *supra*, at p. 170, that art. 847 C.C.P. had given [TRANSLATION] "legislative sanction to the rule . . . that before authorizing a writ of prohibition to be issued the judge must pronounce on the law"; he then stated (at p. 125):

This said, I agree with the trial judge that Paré, J., who had issued the writ, had, in fact, laid down the law between the parties, and no appeal having been taken, his findings bind the parties, not on the facts, of course, but on the law.

Montgomery J.A., for his part, added (at p. 127):

Regarding the extent to which the judgment authorizing the issue of the writ can be regarded as *chose jugée*, I agree with my colleague Mr. Justice Kaufman that, if art. 850 C.P. gives a right of appeal against such a judgment, it necessarily follows that the judgment may

¹⁶ [1974] C.A. 123.

de la décision mais le passage suivant que l'on trouve à la p. 728, est tiré textuellement des notes du juge Turgeon qui a exprimé l'opinion unanime:

Il y a lieu de disposer immédiatement de l'argument de l'intimé découlant de l'autorité de la chose jugée. Avec déférence pour l'opinion contraire, le juge du mérite n'était pas lié par la décision autorisant l'émission du bref. Cette dernière fut rendue avant le commencement de l'instance et ne constitue qu'un jugement préparatoire. De plus, pour qu'il y ait chose jugée, il faut identité de parties agissant dans les mêmes qualités, identité de cause et identité d'objet. Or, l'objet du premier jugement était d'autoriser l'émission du bref: il n'a pas tranché le litige. D'autre part, le juge du fond avait principalement à décider si la Commission avait excédé sa juridiction. Il n'y a donc pas identité d'objet.

La Cour d'appel a exprimé des vues différentes dans *Comité d'appel du bureau provincial de médecine c. Chèvrefils*¹⁶. Le jugement de la Cour supérieure qui avait fait droit au bref d'évocation y a été confirmé de sorte qu'il n'était pas essentiel de statuer sur l'effet du jugement qui avait autorisé la délivrance du bref. Avant de citer en majeure partie l'extrait ci-dessus de l'arrêt *Desbiens*, le juge Kaufman a cité ce qui avait été dit en cette Cour dans *François Nolin Ltée c. Commission des Relations de travail du Québec* précité (à la p. 170) à l'effet que l'art. 847 C.p.c. avait «consacré législativement la règle . . . qu'avant d'autoriser la délivrance d'un bref de prohibition, le juge doit statuer sur le droit» après cela il déclare (à la p. 125):

[TRADUCTION] Cela dit, je souscris à l'opinion du juge de première instance que le juge Paré, qui a délivré le bref, a, de fait, déterminé les principes de droit régissant les parties et que, vu qu'un appel n'a pas été interjeté, ses conclusions lient les parties non pas sur les faits, bien entendu, mais sur le droit.

De son côté, le juge Montgomery ajoute (à la p. 127):

[TRADUCTION] Quant à la mesure dans laquelle le jugement qui autorise la délivrance du bref peut être considéré comme chose jugée, je suis d'accord avec mon collègue le juge Kaufman que, si l'art. 850 du C.P. permet d'interjeter appel de pareil jugement, il découle

¹⁶ [1974] C.A. 123.

constitute *chose jugée* on the questions actually decided ...

Some months later, in *Collège des médecins v. Léonard*¹⁷, a case in which this was more important because the Court of Appeal was reversing the judgment of the Superior Court which had maintained the evocation, Lajoie J.A. said for the Court (at p. 308):

[TRANSLATION] It may not be inappropriate to mention that if, on an application for a writ of evocation, the judge hearing the motion must rule on the law, assuming the facts alleged to be true, his decision is not binding on the judge who has to decide on the merits of the case after the writ is issued, and is of no greater authority than the reasons supporting it.

In *International Union of Operating Engineers v. Carrières Montréal-Est (1965) Ltée*¹⁸, the principle stated in *Chèvrefils* was reaffirmed. The Court refused to apply it in *Dubois v. Commission de Police du Québec et al.*¹⁹, Kaufman J.A. saying (at p. 35):

As my colleague points out, the judgment in *Comité d'appel du Bureau provincial de médecine v. Chèvrefils* has no application in this case. In the first place, the delays for appeal had not yet expired when the case was heard on the merits. Secondly, it is clear that the judge who issued the writ contented himself to say that a *prima facie* case had been made out. He did not rule on the question of law, and there cannot be *chose jugée*.

With respect, I must say that I cannot really see how the nature of the judgment authorizing the writ of evocation to be issued could thus depend on the way in which the judge rendering it expresses himself. I am also unable to see how what was said in *François Nolin Ltée* can justify the conclusion drawn from those words in *Chèvrefils*, or how the right of appeal from an interlocutory judgment could make it final, contrary to the principles set forth in *Davis v. The Royal Trust Company*.

I must now stress the exact meaning of the following observation in *Syndicat des professeurs*

¹⁷ [1974] C.A. 302.

¹⁸ [1975] C.A. 454.

¹⁹ [1977] C.A. 28.

en toute logique que le jugement peut constituer chose jugée sur les questions qui ont été effectivement tranchées ...

Quelques mois plus tard dans *Collège des médecins c. Léonard*¹⁷, une affaire où cela était plus important parce que la Cour d'appel infirmait le jugement de la Cour supérieure qui avait fait droit à l'évocation, le juge Lajoie disait avec l'accord de ses collègues (à p. 308):

Il n'est peut-être pas inopportun de rappeler que si, lors d'une demande d'émission d'un bref d'évocation, le juge saisi de la requête doit se prononcer sur le droit, tenant pour avérés les faits allégués, sa décision ne lie pas le juge appelé à décider du fond du litige, après émission du bref, et n'a d'autre autorité que les motifs qui l'a supportent.

Dans *International Union of Operating Engineers c. Carrières Montréal-Est (1965) Ltée*¹⁸ la doctrine énoncée dans l'arrêt *Chèvrefils* a été réaffirmée. On a refusé de l'appliquer dans *Dubois c. Commission de Police du Québec et autres*¹⁹, le juge Kaufman disant (à la p. 35):

[TRANSLATION] Comme mon collègue le fait remarquer, l'arrêt *Comité d'appel du Bureau provincial de médecine c. Chèvrefils* ne s'applique pas en l'espèce. Premièrement, le délai d'appel n'était pas expiré lorsque la cause a été entendue sur le fond. Deuxièmement, il est clair que le juge qui a délivré le bref s'est contenté de dire que l'affaire, de prime abord, était bien fondée. Il n'a pas statué sur la question de droit; il ne peut donc être question de chose jugée.

Avec respect, je dois dire que je vois fort mal comment le caractère du jugement qui autorise la délivrance du bref d'évocation pourrait ainsi dépendre de la façon dont s'exprime le juge qui le rend. Je ne vois pas mieux comment ce qui a été dit dans *François Nolin Ltée* peut justifier la conclusion qu'on en a tirée dans l'arrêt *Chèvrefils*, ni comment le droit d'appel d'un interlocutoire pourrait le rendre définitif contrairement aux principes énoncés dans l'arrêt *Davis c. The Royal Trust Company*.

Il me faut maintenant rappeler le sens exact de la remarque suivante dans *Syndicat des profes-*

¹⁷ [1974] C.A. 302.

¹⁸ [1975] C.A. 454.

¹⁹ [1977] C.A. 28.

*du CEGEP du Vieux-Montréal v. CEGEP du Vieux-Montréal*²⁰ (at p. 575):

Having reached the conclusion that the judgment of the Superior Court dismissing the motion for evocation should be restored, I see no need to consider the opinion expressed in the Court of Appeal by Lajoie J.A. who, while concurring in the conclusion of Crête J.A. that the judgment of the Superior Court should be reversed and a writ of evocation should be issued, would have appended the reservation that the judge at trial should not feel bound by that decision. This reservation was not expressed in the formal judgment of the Court of Appeal and it appears to me that from this it should be inferred that this questionable suggestion was not approved.

It should be noted that what was there being dealt with was not the effect of the decision of the judge of the Superior Court who authorized the writ to be issued, but of a judgment of the Court of Appeal reversing the refusal of the trial judge. Then, there was no indication that the "suggestion" had reference to the authority of *res judicata* rather than of precedent. In this connection, reference should be made to the above quoted passage from the judgment of Rinfret J., in *Davis*, at p. 208.

On the whole, I would dismiss the appeal. Respondents are entitled to their costs, but in the circumstances these costs will be the same as if the two respondents had not been separately represented.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: Mario Létourneau, Montréal.

Solicitors for the respondent the City of Montreal: Péloquin, Badeaux, Allard and Lacroix, Montréal.

Solicitors for the respondent the Urban Community of Montreal: Courtois, Clarkson, Parson and Tétrault, Montréal.

²⁰ [1977] 2 S.C.R. 568.

*seurs du CEGEP du Vieux-Montréal c. CEGEP du Vieux-Montréal*²⁰ (à la p. 575):

Étant venu à la conclusion de rétablir le jugement de première instance rejetant la requête en évocation, il n'est pas nécessaire d'examiner le bien-fondé de l'opinion exprimée en Cour d'appel par le juge Lajoie qui, tout en étant d'accord avec la conclusion du juge Crête à l'effet de casser le jugement de la Cour supérieure et d'autoriser l'émission du bref d'évocation, aurait apporté la réserve que le juge du fond ne devrait pas se considérer lié par cette décision. Cette réserve n'a pas été exprimée dans le jugement de la Cour d'appel et il me semble qu'il faut en conclure que cette suggestion douteuse n'a pas été retenue.

On voudra bien noter qu'il ne s'agissait pas là de l'effet de la décision du juge de la Cour supérieure qui autorise la délivrance du bref, mais d'un jugement de la Cour d'appel qui infirme le refus du premier juge. En second lieu, rien n'indique que la «suggestion» visait l'autorité de la chose jugée plutôt que celle du précédent. A ce sujet on voudra bien se reporter au passage précité du jugement du juge Rinfret à la p. 208 de l'arrêt *Davis*.

En définitive je conclus au rejet du pourvoi. Les intimées ont droit aux dépens, mais dans les circonstances ces dépens devront être les mêmes que si les deux intimées n'avaient pas été représentées séparément.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelante: Mario Létourneau, Montréal.

Procureurs de l'intimée Ville de Montréal: Péloquin, Badeaux, Allard et Lacroix, Montréal.

Procureurs de l'intimée Communauté urbaine de Montréal: Courtois, Clarkson, Parson et Tétrault, Montréal.

²⁰ [1977] 2 R.C.S. 568.

Mudashiru Adegbola *Appellant*;

and

L. Rivard and Minister of Manpower and Immigration *Respondents*;

and

Attorney General of Canada *Mis en cause*.

1980: May 8.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Courts — Practice — Appeal abandoned by delay — Rules of the Supreme Court of Canada, Rule 59.

In this case, the notice of appeal was served on October 13, 1976, and filed on October 19, 1976. However the appeal had not been brought for hearing by the appellant before January 8, 1980, therefore was not within the one year period pursuant to Rule 59.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal affirming a deportation order made by the Special Inquiry Officer Rivard, on June 1, 1976. Appeal held to be abandoned.

Julius H. Grey, for the appellant.

Suzanne Marcoux-Paquette and *Gaspard Côté, Q. C.*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered orally by

MARTLAND J.—We are all of the opinion that this appeal has been abandoned by virtue of Rule 59 of the Rules of the Supreme Court. In the circumstances of this case, we are not prepared to order otherwise.

Appeal held abandoned.

Solicitor for the appellant: Julius H. Grey, Montreal.

Solicitors for the respondents: Suzanne Marcoux-Paquette and Gaspard Côté, Montreal.

Mudashiru Adegbola *Appellant*;

et

L. Rivard et le ministre de la Main d'œuvre et de l'Immigration *Intimés*;

et

Le procureur général du Canada *Mis en cause*.

1980: 8 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Tribunaux — Pratique — Abandon de l'appel pour cause de retard — Règles de la Cour suprême du Canada, règle 59.

L'avis d'appel en l'espèce a été signifié le 13 octobre 1976 et produit le 19 octobre 1976. L'appelant n'a toutefois inscrit l'appel que le 8 janvier 1980, soit après le délai d'un an prévu à la règle 59.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale confirmant une ordonnance d'expulsion, rendue le 1^{er} juin 1976, par l'enquêteur spécial Rivard. Pourvoi déclaré abandonné.

Julius H. Grey, pour l'appelant.

Suzanne Marcoux-Paquette et *Gaspard Côté, c.r.*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE MARTLAND—Nous sommes tous d'avis que cet appel a été abandonné en vertu de la règle 59 des Règles de la Cour suprême. Dans les circonstances de l'espèce, nous ne sommes pas disposés à en ordonner autrement.

Pourvoi déclaré abandonné.

Procureur de l'appelant: Julius H. Grey, Montréal.

Procureurs des intimés: Suzanne Marcoux-Paquette et Gaspard Côté, Montréal.

Douglas Garnet Palmer and Donald Palmer
Appellants;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1979: June 26, 27; 1979: December 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Appellants convicted of conspiring to traffic in heroin — Subsequent declarations by principal Crown witness asserting his trial evidence untrue — Refusal of Court of Appeal to admit this new evidence — No error in law on part of Court of Appeal — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 610(1)(d).

This was an appeal against the refusal of the British Columbia Court of Appeal to admit fresh evidence in the appeal of the appellants Palmer against their conviction in the Supreme Court of British Columbia before Macfarlane J. sitting without a jury upon an indictment charging a conspiracy to traffic in heroin. A separate appeal relying on the same grounds was taken by Thomas Maxwell Duncan, John Albert Smith and Robert Porter who were named conspirators in the same indictment with the Palmers and who were convicted at the same trial. (See [1980] 1 S.C.R. 783.)

One of the important witnesses called for the Crown, both at the preliminary hearing and at the trial, was one Ford, an admitted heroin trafficker and a disreputable character with a criminal record. His evidence was accepted by the trial judge and clearly played a significant part in the result. After the trial, Ford, in a series of declarations, asserted that his trial evidence was untrue, that it had been fabricated in its entirety, and that he had been influenced by threats and inducements, including the promise of payments of money, by the police. When this material came into the hands of the legal advisers of the appellants, they applied in the Court of Appeal, under s. 610(1)(d) of the *Criminal Code*, to adduce this new evidence in affidavit form. The application was dismissed by the Court of Appeal and the appeals of all the appellants, which raised other grounds of appeal as well, were dismissed. The present appeal was taken by leave of this Court upon two points as follows:

Douglas Garnet Palmer et Donald Palmer
Appellants;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1979: 26, 27 juin; 1979: 21 décembre.

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

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

Droit criminel — Appellants déclarés coupables de complot pour faire le trafic d'héroïne — Déclarations ultérieures du principal témoin à charge quant à son faux témoignage au procès — Refus de la Cour d'appel d'admettre ce nouvel élément de preuve — Aucune erreur de droit de la Cour d'appel — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 610(1)d.

Il s'agit d'un pourvoi à l'encontre du refus de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique d'admettre de nouveaux éléments de preuve dans l'appel qu'ont formé les appellants Palmer; ils attaquaient par là leur déclaration de culpabilité prononcée en Cour suprême de la Colombie-Britannique par le juge Macfarlane siégeant sans jury sur un acte d'accusation imputant un complot pour faire le trafic d'héroïne. Thomas Maxwell Duncan, John Albert Smith et Robert Porter, qui étaient désignés comme conspirateurs avec les Palmer dans le même acte d'accusation et qui ont été déclarés coupables au même procès, ont interjeté un pourvoi distinct fondé sur les mêmes moyens. (Voir [1980] 1 R.C.S. 783.)

Un des témoins importants cités par le ministère public, à l'enquête préliminaire et au procès, est un nommé Ford, un trafiquant d'héroïne reconnu et un individu de mauvaise réputation avec un casier judiciaire. Le juge du procès a accepté son témoignage qui a manifestement joué un rôle important sur l'issue du procès. Après le procès, Ford a affirmé dans une série de déclarations que son témoignage était faux, entièrement fabriqué, et qu'il avait été influencé par des menaces et des incitations, y compris la promesse de paiements d'argent par la police. Lorsque ces documents sont venus aux mains des conseillers juridiques des appelants, ils ont demandé à la Cour d'appel, en vertu de l'al. 610(1)d) du *Code criminel*, l'autorisation de produire ces nouveaux éléments de preuve sous forme d'affidavit. La Cour d'appel a rejeté la requête ainsi que les appels de tous les appelants qui soulevaient également d'autres moyens. Ce pourvoi est interjeté sur autorisation de cette Cour sur les deux questions suivantes:

1. Did the Court of Appeal of British Columbia err in refusing to allow the appellants to adduce fresh evidence before it based on the affidavits and statements of the principal Crown witness Frederick Thomas Ford who received \$25,000 from the police "in payment for services" about a week after the trial judgment herein?

2. Did the trial judge err in rejecting the testimony of the appellant Douglas Garnet Palmer with respect to three incidents concerning the observed movements of Frederick Thomas Ford on July 18, 1972, November 8, 1972 and January 23, 1973, when the said Ford gave no evidence on those incidents and the appellant Palmer was not cross-examined thereon, and did the Court of Appeal err in not quashing the convictions accordingly?

Held: The appeal should be dismissed.

Parliament has given the Court of Appeal a broad discretion in s. 610(1)(d). The overriding consideration must be in the words of the enactment "the interests of justice" and it would not serve the interests of justice to permit any witness by simply repudiating or changing his trial evidence to reopen trials at will to the general detriment of the administration of justice. Applications of this nature have been frequent and courts of appeal in various provinces have pronounced upon them. The following principles have emerged: (1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases. (2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial. (3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief. (4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. The approach thus taken follows that of this Court in *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484.

In the present case it was evident that the Court of Appeal applied the test of credibility and found the evidence tendered as to the validity of Ford's trial evidence to be wholly unworthy of belief. It therefore refused the motion and in so doing made no error in law which would warrant interference by this Court. Also, although it might not be necessary to do so in view of this conclusion, the view was expressed that the Court of Appeal was fully justified in reaching the conclusion it

1. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a-t-elle erré en refusant aux appelants le droit de lui soumettre de nouveaux éléments de preuve appuyés sur des affidavits et des déclarations du principal témoin du ministère public, Frederick Thomas Ford, à qui la police avait versé \$25,000 «pour services rendus» environ une semaine avant le jugement de première instance en l'espèce?

2. Le juge du procès a-t-il erré en rejetant le témoignage de l'appellant Douglas Garnet Palmer à l'égard des faits et gestes de Frederick Thomas Ford, remarqués à trois reprises, les 18 juillet 1972, 8 novembre 1972 et 23 janvier 1973, incidents sur lesquels Ford n'a pas témoigné et l'appellant Palmer n'a pas été contre-interrogé? La Cour d'appel a-t-elle erré en n'annulant pas les condamnations en conséquence?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Par l'alinéa 610(1)d), le législateur a donné à la Cour d'appel un grand pouvoir discrétionnaire. On doit donner la prépondérance, dans cette disposition, à l'expression «l'intérêt de la justice» et il ne serait pas dans l'intérêt de la justice de permettre à un témoin, par la seule répudiation ou modification de ses dépositions au procès, de rouvrir des procès à volonté au détriment général de l'administration de la justice. Les demandes de cette nature sont fréquentes et les cours d'appel de diverses provinces se sont prononcées à leur égard. Les principes suivants s'en dégagent: (1) On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles. (2) La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès. (3) La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi. (4) Elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat. La façon dont on a abordé la question suit donc celle adoptée par cette Cour dans *McMartin c. La Reine*, [1964] R.C.S. 484.

En l'espèce, il est évident que la Cour d'appel a appliqué le critère de crédibilité et a jugé que la preuve soumise quant à la validité du témoignage de Ford au procès n'était absolument pas digne de foi. Elle a donc rejeté la requête et, ce faisant, n'a commis aucune erreur de droit qui justifierait l'intervention de cette Cour. Aussi, bien que ce ne soit peut-être pas nécessaire de le dire compte tenu de cette conclusion, on a exprimé l'opinion que la Cour d'appel était tout à fait justifiée de

did upon a consideration of all the evidence adduced on the motion before it and the evidence appearing in the trial transcripts.

With respect to the matter of affording protection to witnesses, in cases where the courts are, after careful examination, satisfied that only reasonable and necessary protection has been provided and that no prejudice or miscarriage of justice has resulted in consequence, they should not draw unfavourable inferences against the Crown, by reason only of this expenditure of public funds.

As to the second point raised in the appeal, the trial judge, as stated by McFarlane J.A. for the Court below, gave a careful explanation for his acceptance of the story of Ford and rejecting that of Douglas Palmer. The finding against the credibility of Palmer was made upon much more than the evidence of the three events in question. It was based upon a consideration of the whole of the evidence including the full examination and cross-examination of Palmer.

R. v. Stewart (1972), 8 C.C.C. (2d) 137; *R. v. Foster* (1977), 8 A.R. 1; *R. v. McDonald*, [1970] 3 C.C.C. 426; *R. v. Demeter* (1975), 25 C.C.C. (2d) 417; *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484, referred to.

APPEAL against the refusal of the Court of Appeal for British Columbia to admit fresh evidence in the appeal of the appellants Palmer against their conviction in the Supreme Court of British Columbia before Macfarlane J. sitting without a jury upon an indictment charging a conspiracy to traffic in heroin. Appeal dismissed.

Harry Walsh, Q.C., for the appellants.

Mark M. de Weerd, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This is an appeal against the refusal of the British Columbia Court of Appeal to admit fresh evidence in the appeal of the appellants Palmer against their conviction in the Supreme Court of British Columbia before Macfarlane J. sitting without a jury upon an indictment charging a conspiracy to traffic in heroin. A separate appeal relying on the same grounds was taken by Thomas Maxwell Duncan, John Albert

conclure comme elle l'a fait après un examen de toute la preuve produite à l'occasion de la requête qu'on lui adressait et de la transcription des dépositions faites au procès.

Quant à la question d'accorder une protection aux témoins dans les affaires où, après un examen minutieux, les cours sont convaincues que l'on a seulement accordé une protection raisonnable et nécessaire et qu'aucun préjudice ou déni de justice n'en a résulté, elles ne devraient pas tirer de conclusions défavorables contre le ministère public du seul fait de cette utilisation de fonds publics.

Quant à la seconde question posée dans ce pourvoi, le juge du procès, comme l'a dit le juge McFarlane en Cour d'appel, a soigneusement expliqué pourquoi il acceptait la version de Ford et rejetait celle de Douglas Palmer. La conclusion à l'encontre de la crédibilité de Palmer était fondée sur bien plus que la preuve relative aux trois événements en question. Elle s'appuyait sur un examen de l'ensemble de la preuve, y compris l'interrogatoire et le contre-interrogatoire complets de Palmer.

Jurisprudence: *R. v. Stewart* (1972), 8 C.C.C. (2d) 137; *R. v. Foster* (1977), 8 A.R. 1; *R. v. McDonald*, [1970] 3 C.C.C. 426; *R. v. Demeter* (1975), 25 C.C.C. (2d) 417; *McMartin c. La Reine*, [1964] R.C.S. 484.

POURVOI à l'encontre du refus de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique d'admettre de nouveaux éléments de preuve dans l'appel qu'ont formé les appelants Palmer qui attaquaient par là leur déclaration de culpabilité prononcée en Cour suprême de la Colombie-Britannique par le juge Macfarlane siégeant sans jury sur un acte d'accusation imputant un complot pour faire le trafic d'héroïne. Pourvoi rejeté.

Harry Walsh, c.r., pour les appelants.

Mark M. de Weerd, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Il s'agit d'un pourvoi à l'encontre du refus de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique d'admettre de nouveaux éléments de preuve dans l'appel qu'ont formé les appelants Palmer; ils attaquaient par là leur déclaration de culpabilité prononcée en Cour suprême de la Colombie-Britannique par le juge Macfarlane siégeant sans jury sur un acte d'accusation imputant un complot pour faire le trafic d'héroïne.

Smith and Robert Porter who were named conspirators in the same indictment with the Palmers and who were convicted at the same trial. Although the appeals were heard together, these reasons will deal with the Palmers only.

The indictment dated November 24th, 1975, charged in count 1 a conspiracy to traffic in heroin between the 1st day of February 1969 and the 30th day of April 1975. This count is the only one in issue on this appeal. A preliminary hearing commenced in February of 1975, after a postponement from September 1974, because the witness Ford, of whom much more will be said, had then absented himself. The trial, which lasted several weeks, commenced on January 12, 1976. The appellants were found guilty on March 23, 1976.

One of the important witnesses called for the Crown, both at the preliminary hearing and at the trial, was Frederick Ford, referred to above, an admitted heroin trafficker and a disreputable character with a criminal record. His evidence was accepted by the trial judge and clearly played a significant part in the result. After the trial, Ford, in a series of declarations, asserted that his trial evidence was untrue, that it had been fabricated in its entirety, and that he had been influenced by threats and inducements, including the promise of payments of money, by the police. When this material came into the hands of the legal advisers of the appellants, they applied in the Court of Appeal to adduce this new evidence in affidavit form. The application was dismissed by the Court of Appeal and the appeals of all the appellants, which raised other grounds of appeal as well, were dismissed. This appeal is taken by leave of this Court upon two points which are set out hereunder:

1. Did the Court of Appeal of British Columbia err in refusing to allow the appellants to adduce fresh evidence before it based on the affidavits and statements of the principal Crown witness Frederick Thomas Ford who received \$25,000.00 from the police "in payment for services" about a week after the trial judgment herein?

Thomas Maxwell Duncan, John Albert Smith et Robert Porter, qui étaient désignés comme conspirateurs avec les Palmer dans le même acte d'accusation et qui ont été déclarés coupables au même procès, ont interjeté un pourvoi distinct fondé sur les mêmes moyens. Bien que les pourvois aient été entendus ensemble, ces motifs ne portent que sur le cas des Palmer.

L'acte d'accusation daté du 24 novembre 1975 impute au premier chef un complot pour faire le trafic d'héroïne entre le 1^{er} février 1969 et le 30 avril 1975. Seul ce chef est en litige dans ce pourvoi. Une enquête préliminaire a débuté en février 1975, après une remise accordée en septembre 1974, parce que le témoin Ford, dont on va longuement parler, était alors absent. Le procès qui a duré plusieurs semaines a commencé le 12 janvier 1976. Les appelants ont été déclarés coupables le 23 mars 1976.

Un des témoins importants cités par le ministère public, à l'enquête préliminaire et au procès, est Frederick Ford, susmentionné, un trafiquant d'héroïne reconnu et un individu de mauvaise réputation avec un casier judiciaire. Le juge du procès a accepté son témoignage qui a manifestement joué un rôle important sur l'issue du procès. Après le procès, Ford a affirmé dans une série de déclarations que son témoignage était faux, entièrement fabriqué, et qu'il avait été influencé par des menaces et des incitations, y compris la promesse de paiements d'argent par la police. Lorsque ces documents sont venus aux mains des conseillers juridiques des appelants, ils ont demandé à la Cour d'appel l'autorisation de produire ces nouveaux éléments de preuve sous forme d'affidavit. La Cour d'appel a rejeté la requête ainsi que les appels de tous les appelants qui soulevaient également d'autres moyens. Ce pourvoi est interjeté sur autorisation de cette Cour sur les deux questions suivantes:

1. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a-t-elle erré en refusant aux appelants le droit de lui soumettre de nouveaux éléments de preuve appuyés sur des affidavits et des déclarations du principal témoin du ministère public, Frederick Thomas Ford, à qui la police avait versé \$25,000 «pour services rendus» environ une semaine avant le jugement de première instance en l'espèce?

2. Did the trial Judge err in rejecting the testimony of the appellant Douglas Garnet Palmer with respect to three incidents concerning the observed movements of Frederick Thomas Ford on July 18, 1972, November 8, 1972 and January 23, 1973 when the said Ford gave no evidence on those incidents and the appellant Palmer was not cross-examined thereon, and did the Court of Appeal err in not quashing the convictions accordingly?

The principal point argued in this Court was point 1. It will, of course, be seen at once that this point raises no question as to the conduct of the trial and attacks no determination made by the trial judge. The sole issue raised relates to the disposition made by the Court of Appeal.

Ford gave evidence both at the preliminary hearing and at the trial that in June of 1971 he had approached Douglas Palmer, whom he had known for some fifteen years, and asked for a job in the drug business. After some delay, he was introduced into the business and he worked with the Palmers in the trafficking of heroin during the period covered by the indictment. He said that on numerous occasions he had received bulk heroin from Douglas Palmer. It was then his task, with the assistance of others, to put the heroin into gelatin capsules and bundles of the capsules into glass containers and to bury the containers at locations, particulars of which he would give to Palmer. As the heroin was sold, Palmer, or others under his direction, were thus enabled to direct purchasers to the hidden heroin to complete the sales. During this period, Ford was paid for his services by Douglas Palmer.

Ford said that during the summer of 1972 he had employed his nephew to plant out caches of heroin for him. The nephew was caught by the police and Ford was able, by giving the police information which led to the arrest of one of his associates named DeRuiter, to procure the release of his nephew and have the prosecution dropped. It seems that it was this contact with the police which led Ford at or about that time to furnish information concerning the activities of the Palmers to the police.

Ford said that he received a call from Douglas Palmer on January 20, 1973, in which he was

2. Le juge du procès a-t-il erré en rejetant le témoignage de l'appellant Douglas Garnet Palmer à l'égard des faits et gestes de Frederick Thomas Ford, remarqués à trois reprises, les 18 juillet 1972, 8 novembre 1972 et 23 janvier 1973, incidents sur lesquels Ford n'a pas témoigné et l'appellant Palmer n'a pas été contre-interrogé? La Cour d'appel a-t-elle erré en n'annulant pas les condamnations en conséquence?

La principale question plaidée devant cette Cour est la question n° 1. Il appert clairement tout de suite, bien sûr, que cette question ne met pas en jeu la conduite du procès et n'attaque pas la décision rendue alors par le juge. Le seul point litigieux a trait à la décision de la Cour d'appel.

A l'enquête préliminaire et au procès, Ford a témoigné qu'en juin 1971 il s'était adressé à Douglas Palmer, qu'il connaissait depuis environ quinze ans, pour obtenir un boulot dans le commerce des stupéfiants. Quelque temps plus tard, il a commencé à travailler et, avec les Palmers, il a fait le trafic d'héroïne pendant la période visée dans l'acte d'accusation. Il a dit avoir reçu, à plusieurs occasions, de grandes quantités d'héroïne de Douglas Palmer. Sa tâche consistait alors, avec l'aide d'autres personnes, à verser l'héroïne dans des capsules de gélatine, à les mettre par poignées dans des contenants de verre qu'il enterrait à des endroits dont il donnait les coordonnées à Palmer. Ainsi à la vente, Palmer, ou d'autres personnes sous ses ordres, pouvaient indiquer aux acheteurs où l'héroïne était cachée pour compléter l'opération. Pendant cette période, Douglas Palmer payait Ford pour ses services.

Ford a déclaré que pendant l'été 1972 il avait retenu les services de son neveu pour «planquer» l'héroïne pour lui. Le neveu s'est fait surprendre par la police et Ford a pu obtenir la libération de son neveu et l'abandon de la poursuite en donnant à la police des renseignements qui ont mené à l'arrestation de l'un de ses associés nommé DeRuiter. Il semble que c'est cette rencontre avec la police qui a amené Ford, à cette date ou peu après, à lui fournir des renseignements sur les activités des Palmers.

Ford a dit avoir reçu un appel de Douglas Palmer le 20 janvier 1973; ce dernier lui a donné

instructed to get together all the heroin in his possession and to meet another member of the organization for the purpose of getting rid of the heroin all at once so a purchase of newer stock could be made. In compliance with these instructions, the heroin was disposed of at night by throwing it from a moving car in a garbage bag. When this was completed, Ford reported to Palmer who told him that he was fired. He gave evidence at trial of the conversation which passed between them on this occasion in these words:

A. Well, I said "What do you mean?" He said, "Well, I found out that you are the one that set up De Ruiter for the bust" he said, "So you are fired." And I just said, you know, "I don't know what you are talking about." And then I said, "Well, what about my money you owe me?" and he said, "You are not getting any money." And I said, "Well, you know, you owe me the money" and he said, "Tough", you know.

Q. How much money did he owe you at that time?

A. Oh, 12,500 or something.

Q. Did you ever receive that from him?

A. No.

Q. Was there any further conversation on that occasion when he terminated your services?

A. Well, other than "If I ever find out for sure it was you . . .", you know, that's all. Other than that. I am lucky to be alive, that's all.

Q. I am sorry, would you speak up?

A. He said that I am lucky to be alive. If he finds out for sure that it's me that set up DeRuiter, I am in big trouble.

Ford continued trafficking independently until on January 6, 1975, he was shot in the street near his home. A police officer, one Steer, a member of the Vancouver City Police and not connected with the investigation of this case, attended at the scene of the shooting and had a conversation with Ford just before he was taken to hospital. Steer asked "Who shot you?". Ford replied "Pick up Doug Palmer". The officer then said "Did Palmer shoot you?". Ford said "Just pick up Doug Palmer". Ford was taken to hospital and while still in the emergency section had another conversation with a

instructions de ramasser toute l'héroïne en sa possession et de rencontrer un autre membre de l'organisation afin de s'en débarrasser immédiatement pour pouvoir acheter un nouveau stock. Conformément à ces instructions, ils se sont débarrassés de l'héroïne la nuit en la mettant dans un sac à déchets qu'ils ont jeté d'une voiture en marche. Ceci fait, Ford s'est présenté chez Palmer qui lui a dit qu'il était renvoyé. Au procès, il a rendu le témoignage suivant sur leur conversation à cette occasion:

[TRADUCTION] R. Eh bien, j'ai dit «Que veux-tu dire?» Il a dit, «Eh bien, j'ai découvert que c'est toi qui a monté le coup contre De Ruiter pour le faire pincer» il a dit, «Donc tu est renvoyé.» Et j'ai seulement répondu, vous savez «Je ne sais pas de quoi tu parles.» Et j'ai dit ensuite, «Bon, et l'argent que tu me dois?» Et il a dit, «Tu n'auras pas d'argent.» Et j'ai dit, «Eh bien, tu sais, tu me dois l'argent», et il a dit «C'est bien de valeur», vous savez.

Q. Combien d'argent vous devait-il à l'époque?

R. Oh, 12,500 ou à peu près.

Q. Vous a-t-il remis ce montant?

R. Non.

Q. Avez-vous parlé d'autres choses à cette occasion lorsqu'il vous a renvoyé?

R. Eh bien, à part de «Si jamais j'apprends que c'est vraiment toi . . .», vous savez, c'est tout. A part ça. Je suis chanceux d'être vivant, c'est tout.

Q. Excusez-moi, pouvez-vous parlez plus fort?

R. Il a dit que j'étais chanceux d'être vivant. Si jamais il apprend avec certitude que c'est moi qui a monté le coup contre DeRuiter, j'aurais de graves ennuis.

Ford a continué à faire seul le trafic de stupéfiants jusqu'à ce que le 6 janvier 1975, il soit atteint par une balle dans la rue près de chez lui. Steer, un agent de police de la ville de Vancouver, qui était sans lien avec l'enquête en l'espèce, est venu sur les lieux de la fusillade. Il a eu une conversation avec Ford juste avant qu'on ne l'emène à l'hôpital. Steer a demandé [TRADUCTION] «Qui a tiré sur vous?». Ford a répondu [TRADUCTION] «Arrêtez Doug Palmer». L'agent a alors dit [TRADUCTION] «Est-ce Palmer qui a tiré sur vous?». Ford a dit [TRADUCTION] «Arrêtez simple-

Vancouver police officer named Caros. The version given by the police officer follows:

CAROS: "Who shot you?"

FORD: "I don't know."

CAROS: "You mentioned a man at the scene of the shooting."

FORD: "Yes, Doug Palmer. He didn't do it, he's too chicken. He hired someone."

CAROS: "Why did he do it?"

FORD: "Guess he didn't like me."

CAROS: "How many men involved?"

FORD: "One."

CAROS: "Did he have two guns?"

FORD: "Yes."

CAROS: "Did you see a car?"

FORD: "No."

CAROS: "What did he look like?"

FORD: "He had a dark mask, a toque and a dark coat on."

CAROS: "Did you know him?"

FORD: "No."

I consider it significant that moments after the shooting Ford identified Palmer as either his assailant or the instigator of the attack. The circumstances of the shooting, the earlier dismissal from the organization coupled with the disagreement about money, furnish a motive for Ford's later conduct.

After Ford's dismissal by Palmer, he agreed to testify for the Crown. The precise date of such agreement is unclear. He gave evidence at the preliminary hearing and at the trial, and on each occasion his evidence was essentially the same. He was cross-examined closely on both occasions. He admitted that in return for his agreement to give evidence against Douglas Palmer, and for the actual giving of the evidence, he had been promised immunity from prosecution on certain charges which were outstanding against him and protection for himself and his family. To that end he said he had been paid an allowance of \$1,200 per month up to the time of the trial. He said the

ment Doug Palmer». Ford a été amené à l'hôpital et alors qu'il était encore à l'urgence, il a eu une autre conversation avec un agent de la police de Vancouver nommé Caros. Voici la version relatée par l'agent de police:

[TRADUCTION] CAROS: «Qui a tiré sur vous?»

FORD: «Je ne sais pas.»

CAROS: «Vous avez mentionné un homme sur les lieux de la fusillade.»

FORD: «Oui, Doug Palmer. Il ne l'a pas fait, il est trop froussard. Il a payé quelqu'un pour le faire.»

CAROS: «Pourquoi a-t-il fait cela?»

FORD: «J'imagine qu'il ne m'aime pas.»

CAROS: «Combien d'hommes sont dans le coup?»

FORD: «Un.»

CAROS: «Avait-il deux armes?»

FORD: «Oui.»

CAROS: «Avez-vous vu une voiture?»

FORD: «Non.»

CAROS: «De quoi avait-il l'air?»

FORD: «Il portait un masque foncé, une toque et un manteau foncé.»

CAROS: «Le connaissez-vous?»

FORD: «Non.»

Je considère significatif que peu après la fusillade Ford ait identifié Palmer comme son assaillant ou comme l'instigateur de l'attaque. Les circonstances de la fusillade, le renvoi antérieur de l'organisation et le désaccord sur l'argent, fournissent un motif pour la conduite subséquente de Ford.

Après son renvoi par Palmer, Ford a accepté de témoigner pour le ministère public. La date précise de cette entente n'est pas claire. Il a témoigné à l'enquête préliminaire et au procès et à chaque occasion son témoignage est essentiellement le même. Il a subi dans les deux cas un contre-interrogatoire serré. Il a admis qu'en retour de son consentement à témoigner contre Douglas Palmer et de son témoignage proprement dit, on lui avait promis l'immunité pour certaines accusations qui pesaient contre lui ainsi que la protection de sa famille et la sienne. Il a dit qu'à cette fin on lui a versé une allocation de \$1,200 par mois jusqu'au moment du procès. Il a dit que la police avait

police had agreed as well to provide for relocation and maintenance expenses after the trial for himself and his family until they were re-established in life and secure from danger.

The defence was a flat denial by Palmer of any involvement with drugs and with Ford. It was asserted that Ford's evidence was completely fabricated.

At the outset of the appeal, in which various other grounds were raised, the appellants moved under s. 610(1)(d) of the *Criminal Code* to have the Court receive evidence in the form of declarations from Douglas Palmer, Donald Palmer, Edith Twaddell and Thomas Ford. Section 610(1)(d) of the *Criminal Code* is set out hereunder:

610. (1) For the purposes of an appeal under this Part the court of appeal may, where it considers it in the interests of justice,

(d) receive the evidence, if tendered, of any witness, including the appellant, who is a competent but not compellable witness;

On this motion, the Court of Appeal had before it the various declarations referred to above and in addition affidavits in reply from Crown counsel and several police officers including affidavits from officers of the Vancouver Police Force concerning the words spoken by Ford after the shooting incident. Upon a consideration of this material, the Court refused the motion and disposed of the other grounds raised and dismissed the appeal.

The argument in this Court centered on the declarations made by Ford and the Crown affidavits in reply. The declaration of Edith Twaddell is of no significance and requires no further mention. The other declarations produced in support of the motion are largely explanatory of the events leading to the production of Ford's documents. Ford made four declarations dated, respectively, April 20, 1976, May 21, 1976, October 7, 1976, and October 13, 1976. In his first declaration, he said that he received \$25,000 in cash from the R.C.M.P. in April 1976 for services rendered which he described as testifying in the Palmer drug conspiracy trial. He exhibited a receipt to the

également accepté de payer ses frais de réinstallation et d'entretien et ceux de sa famille après le procès jusqu'à ce qu'ils soient repartis dans la vie et à l'abri du danger.

En défense, Palmer a formellement démenti avoir eu quelque rapport avec Ford et avec le commerce des stupéfiants. On y a affirmé que le témoignage de Ford était complètement fabriqué.

Au début de l'appel, où ils invoquaient plusieurs autres moyens, les appelants ont présenté une requête conformément à l'al. 610(1)d) du *Code criminel* pour que la Cour reçoive les dépositions de Douglas Palmer, de Donald Palmer, d'Edith Twaddell et de Thomas Ford faites sous forme de déclarations. Voici le texte de l'al. 610(1)d) du *Code criminel*:

610. (1) Aux fins d'un appel prévu par la présente Partie, la cour d'appel peut, lorsqu'elle l'estime dans l'intérêt de la justice,

d) recevoir la déposition, si elle a été offerte, de tout témoin, y compris l'appelant, qui est compétent pour témoigner mais non contraignable;

A l'audition de cette requête, la Cour d'appel avait devant elle les différentes déclarations susmentionnées et, en plus, les affidavits produits en réponse par le substitut du procureur général et plusieurs agents de police, y compris des agents de la police de Vancouver, sur ce qu'avait dit Ford après la fusillade. Après avoir examiné ces documents, la Cour a refusé la requête, elle a considéré les autres moyens invoqués et a rejeté l'appel.

Les plaidoiries devant cette Cour sont centrées sur les déclarations faites par Ford et les affidavits du ministère public en réponse. La déclaration d'Edith Twaddell ne revêt aucune importance et il n'est pas nécessaire d'en parler davantage. Les autres déclarations produites à l'appui de la requête viennent surtout expliquer les événements qui ont mené à la production des documents de Ford. Ford a fait quatre déclarations datées, respectivement, des 20 avril 1976, 21 mai 1976, 7 octobre 1976 et 13 octobre 1976. Dans la première déclaration, il dit avoir reçu \$25,000 comptant de la GRC en avril 1976 pour services rendus; il s'agissait, a-t-il dit, de son témoignage au procès

declaration prepared by the R.C.M.P. which he had signed. It was on a printed form acknowledging the receipt of \$25,000 from R.C.M.P. Inspector Eyman. The printed words "Payment in full for services rendered" had been struck out and the words "Payment for services" had been written in.

In his second declaration, he referred to and verified a hand written statement which he had signed dated May 21, 1976, in these terms:

May 21, 1976.

To whom it may concern

Any evidence I gave at the Douglas Palmer trial in 1976 was not of my own free will. I was pressured into saying what I said and also promised payment of \$60,000 dollars. I never had any drug dealings with Doug Palmer, Don Palmer, Tom Duncan or Jake Smith. Any drug dealings I had were on my own and had nothing whatsoever to do with the above mentioned names. In April 1976 I rec. \$25,000 Cash from the R.C.M.P.

Fred Ford

Also I had dealings with Roy Twaddell and he asked me to introduce him to Doug Palmer and I said I knew nothing about him and as far as I know he only dealt with me in drugs until he went to jail. Fred Ford.

Witnessed: J. Wood
J. B. Clarke

In his third declaration dated October 7, 1976, he swore to the truth of another statement he had prepared and which bears date October 7, 1976, and which is in these terms:

Oct. 7/1976

To whom it may concern.

My name is Frederick Thomas Ford of Vanc. B.C. Everything I am about to write in this statement is the truth and I am writing it of my own free will without any threats or inducements from anyone! I started dealing in Heroin (drugs) in 1972. My nephew worked for me burying drugs and got caught, I went to the police and made a deal to turn someone in if they gave him a stay of proceedings (which they did). I talked with R.C.M.P. Staff Sgt. Jim Locker. He asked me if I knew a person named Doug Palmer, I said Yes and he said we

de Palmer sur l'accusation de complot pour faire le trafic de stupéfiants. Il a produit avec sa déclaration un reçu rempli par la GRC et signé de sa main. Il s'agit d'une formule imprimée dans laquelle il reconnaît avoir reçu \$25,000 de l'inspecteur Eyman de la GRC. Les mots imprimés [TRADUCTION] «Païement complet pour services rendus» y sont remplacés par les mots [TRADUCTION] «Païement pour services».

Dans sa deuxième déclaration, il mentionne et confirme une déclaration écrite à la main qu'il a signée le 21 mai 1976, dont voici le texte:

[TRADUCTION]

Le 21 mai 1976.

A qui de droit

Le témoignage que j'ai rendu au procès de Douglas Palmer en 1976 n'était pas volontaire. J'ai été contraint de dire ce que j'ai dit et on m'a également promis de me verser \$60,000. Je n'ai jamais fait le trafic de stupéfiants avec Doug Palmer, Don Palmer, Tom Duncan ou Jake Smith. Tout trafic de stupéfiants que j'ai fait, c'est seul que je l'ai fait et je n'ai absolument rien à voir avec les personnes susmentionnées. En avril 1976 j'ai reçu \$25,000 comptant de la G.R.C.

Fred Ford

J'ai également fait du trafic avec Roy Twaddell et il m'a demandé de le présenter à Doug Palmer et je lui ai dit que je ne le connaissais pas et, autant que je sache, il n'a fait le trafic de stupéfiants qu'avec moi jusqu'au moment de son incarcération. Fred Ford.

Témoins: J. Wood
J. B. Clarke

Dans sa troisième déclaration datée du 7 octobre 1976, il affirme sous serment la véracité d'une autre déclaration qu'il a rédigée et qui est datée du 7 octobre 1976 et dont voici le texte:

[TRADUCTION]

Le 7 octobre 1976

A qui de droit.

Je m'appelle Frederick Thomas Ford de Vancouver, C.-B. Tout ce que je vais écrire dans cette déclaration est vrai et je l'écris de mon propre chef sans aucune menace ou incitation! J'ai commencé à faire le trafic d'héroïne (stupéfiants) en 1972. Mon neveu qui travaillait pour moi, enterrait des stupéfiants et s'est fait prendre, je suis allé à la police et j'ai proposé de dénoncer quelqu'un s'ils suspendaient les poursuites contre lui (ce qu'ils ont fait). J'ai parlé avec Jim Locker, un sergent d'état major de la G.R.C. Il m'a demandé si

want him for dealing in drugs and we will let you deal in drugs without getting caught if you can help us nail Doug Palmer. I didn't really know a thing about Doug Palmer but I saw an easy way for me to stay on the street and make money. I kept telling them different stories about Palmer none of them true! In Jan. 1975 I was shot in front of my home 3475 Triumph St. The R.C.M.P. (Neil McKay) came and saw me at the hospital he said it was a hired killer paid for by Doug Palmer. I knew this was not so but in order for me to get their protection I played along with what they said. In Feb. or Mar. 1975 I went to a Preliminary hearing concerning a drug case against Doug Palmer and some assoc. I got up on the stand and made up a bunch of lies only because I didn't want to go to jail also I was promised a large cash settlement new I.D. and transportation to anywhere I wanted to go. Naturally I would not turn this down.

The R.C.M.P. kept me and provided myself and family with \$1200.00 per month to live on. In Jan. 1976. They took me to the Plaza 500 Hotel on 12th Ave Vanc. There Staff Sgt. Almrud, Neil McKay and other R.C.M.P. officers kept harrassing me and threatening me to get on the stand and say some things about Doug Palmer. By then I was in so deep I had to go along. Niel McKay said he could not tell me personally how much I would get but he told Corp. Hoivik to tell me I would get \$60,000 some I.D. and relocate me. The Prosecutor Art McLennan and Neil McKay came to see me and threatened me with all kinds of charges if I did not give evidence at the trial of Doug Palmer. They said make sure I brought up Doug Palmer's name any chance I got. So I gave the same evidence was before (All Lies) After the trial they took me and my family to Victoria B.C. At the end of April 1976 they took me to there office on Heather St. and offered me \$25,000 so I said no. Finally I went to the Bank of Commerce (Main Branch) Hastings St. with Inspector Elman and got \$25,000. He said I would have to wait for the other \$35,000 and take it up with Neil McKay when he got back from holidays. I'm still waiting! In regards to "Roy Twaddell" I sold him drugs for months and months. He owed me \$2,000 I had him beat up to make him pay me. It was the day after that I was shot. I believe he had it done! There is no proof, but I heard through the grape vine it was him! He couldn't possibly have been getting drugs from anyone else as he had no money. I had to give him credit every time he got heroin off of me. I believe like me he was scared and promised lots of things

je connaissais une personne du nom de Doug Palmer, j'ai dit oui et il m'a dit qu'il le recherchait pour trafic de stupéfiants et qu'on me laisserait faire le trafic de stupéfiants sans m'arrêter si je les aidais à pincer Doug Palmer. Je ne savais vraiment rien de Doug Palmer mais j'ai vu là un moyen facile de rester libre et faire de l'argent. J'ai continué à leur raconter des histoires différentes sur Palmer, dont aucune n'était vraie! En janvier 1975 j'ai été blessé par un coup de feu devant ma maison 3475, rue Triumph. La G.R.C. (Neil McKay) est venu me voir à l'hôpital et il a dit que c'était un tueur à gages payé par Doug Palmer. Je savais que ce n'était pas vrai mais afin d'obtenir leur protection j'ai opiné à ce qu'ils disaient. En février ou mars 1975 je suis allé à une enquête préliminaire sur une affaire de stupéfiants visant Doug Palmer et compagnie. Je suis allé à la barre des témoins et j'ai inventé un tas de mensonges seulement parce que je ne voulais pas aller en prison et aussi parce qu'on m'avait promis un paiement comptant important, de nouveaux papiers d'identité et mon transport où je voudrais. Naturellement, je ne pouvais pas refuser.

La G.R.C. m'a pris sous sa protection et a versé une allocation d'entretien de \$1,200 par mois pour ma famille et moi-même. En janvier 1976 ils m'ont amené à l'hôtel Plaza 500, sur la 12^e av. à Vancouver. Là le sergent d'état major Almrud, Neil McKay et d'autres agents de la G.R.C. m'ont systématiquement harcelé et menacé pour que je témoigne contre Doug Palmer. J'étais alors tellement impliqué que j'ai dû céder. Neil McKay a dit qu'il ne pouvait m'informer personnellement du montant que je recevrais mais il a demandé au caporal Hoivik de me dire que je recevrais \$60,000, des papiers d'identité et une réinstallation. Art McLennan, l'avocat de la poursuite, et Neil McKay sont venus me voir et m'ont menacé de toutes sortes d'accusations si je ne témoignais pas au procès de Doug Palmer. Ils m'ont demandé de prononcer le nom de Doug Palmer aussi souvent que je le pouvais. J'ai donc rendu le même témoignage qu'auparavant (rien que des mensonges). Après le procès ils m'ont amené avec ma famille à Victoria, C.-B. A la fin d'avril 1976 ils m'ont amené à leur bureau rue Heather et m'ont offert \$25,000 et j'ai refusé. Finalement, je suis allé à la Banque de Commerce (succursale principale), rue Hastings, avec l'inspecteur Elman et j'ai reçu \$25,000. Il m'a dit que je devrais attendre pour le solde de \$35,000 et de le réclamer à Neil McKay à son retour de vacances. J'attends toujours! En ce qui concerne «Roy Twaddell» je lui ai vendu des stupéfiants pendant des mois et des mois. Il me devait \$2,000. Je l'ai fait tabasser pour qu'il me paie. C'est le lendemain qu'on m'a tiré dessus. Je crois que c'est lui qui l'a fait! Il n'y a aucune preuve,

to induce him to take the stand against Doug Palmer. The Police (R.C.M.P.) told me time and again they would do anything to nail Doug Palmer.

This Statement is all true—

His final declaration dated October 13, 1976, contains serious charges against the police and Crown counsel. It takes the form of answers to a series of questions put to him in writing by solicitors acting for the appellants in the matter. The questions were not leading in nature, they merely directed Ford's attention to matters and incidents that he had apparently raised. Since the answers are contained in the declaration, and provide such evidence as the declaration is capable of giving, I have omitted the questions. I reproduce the declaration hereunder:

CANADA
PROVINCE OF
BRITISH COLUMBIA

IN THE MATTER OF FREDERICK
THOMAS FORD AND DONALD PALMER, DOUGLAS
GARNET PALMER, THOMAS DUNCAN, JOHN ALBERT
SMITH, ROBERT PORTER AND CLIFFORD LUTHALA

TO WIT:

I, FREDERICK THOMAS FORD, of the City of Vancouver, in the Province of British Columbia, DO SOLEMNLY DECLARE:

1) I think I met Twaddell late 1973 or early 1974. Sold him drugs of and on for 1 yr. Was introduced to him through Oscar Hansen on the 1900 Turner St. I sold him drugs on credit!

2) Neil McKay and Art McLennan [Crown counsel] came to the Plaza 500 Hotel in January 1976 and told me I had better testify at Doug Palmer's trial or I would have so many charges against me I would never see day light. Also they said you'll be killed as soon as you get in the Pen (jail). Also they said to use Doug P. name every chance I got!

mais la rumeur veut que ce soit lui! Il n'aurait pas pu obtenir de stupéfiants de quelqu'un d'autre puisqu'il n'avait pas d'argent. Je devais lui faire crédit chaque fois qu'il me prenait de l'héroïne. Je crois que, comme à moi, on lui a fait peur et qu'on lui a promis beaucoup de choses pour l'inciter à témoigner contre Doug Palmer. La police (G.R.C.) m'a dit maintes et maintes fois qu'elle ferait n'importe quoi pour pincer Doug Palmer.

Cette déclaration est entièrement vraie—

Sa dernière déclaration datée du 13 octobre 1976 contient de sérieuses accusations contre la police et le substitut du procureur général. Elle se présente sous forme de réponses à une série de questions que lui ont posées les procureurs représentant les appelants en l'espèce. Les questions ne sont pas de nature suggestive, elles ne font qu'attirer l'attention de Ford sur des points et des incidents qu'il avait apparemment soulevés. Puisque les réponses se trouvent dans la déclaration et fournissent toute la preuve que la déclaration est susceptible de donner, j'ai omis les questions. Je reproduis ci-après la déclaration:

[TRADUCTION]
CANADA
PROVINCE DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

DANS L'AFFAIRE DE FREDERICK
THOMAS FORD ET DONALD PALMER, DOUGLAS
GARNET PALMER, THOMAS DUNCAN, JOHN ALBERT
SMITH, ROBERT PORTER ET CLIFFORD LUTHALA

SAVOIR:

Je, FREDERICK THOMAS FORD, de la ville de Vancouver, province de la Colombie-Britannique, DÉCLARE SOLENNELLEMENT:

1) Je crois avoir rencontré Twaddell à la fin de 1973 ou au début de 1974. Lui ai vendu occasionnellement des stupéfiants pendant un an. Lui ai été présenté par Oscar Hansen au 1900, rue Turner. Je lui ai vendu des stupéfiants à crédit!

2) Neil McKay et Art McLennan [substitut du procureur général] sont venus à l'hôtel Plaza 500 en janvier 1976 et m'ont dit que j'avais intérêt à témoigner au procès de Doug Palmer sinon je devrais répondre à tellement d'accusations que je ne verrais plus la lumière du jour. Ils m'ont dit également que je serai tué dès que je me retrouverai en taule (prison). Ils m'ont dit également d'utiliser le nom de Doug P. chaque fois que je le pouvais!

3) They said not to mention money promised only to answer that I would be relocated elsewhere not to elaborate any further. This was said to me many times.

4) They came to me in Jan. 1976, at Plaza 500 and showed me pictures of Doug P., his brother, Roy Dorn, Tom Duncan, and many others and the same thing as before. Kept insisting I take stand and give evidence against Doug P. They said they really wanted him.

5) It was in 1975 Jan. I was shot! They put me into protective custody. I was really scared! I would have done or said almost anything at that point. They said they would pay me \$25,000 and relocate me. I agreed! They are—Neil McKay and Art McLennan.

6) Stayed at Plaza 500 1 wk. before and 1 wk. after. Corporal Art Hoivik was instructed to make sure I read transcripts and to memorize. He read me questions and I answered them.

7) Neil McKay came to see me after and kept on insisting I testify or I would be charged with many charges. He kept saying Doug P. had me shot and it was my only way to get even.

8) My nerves were shot. So the R.C.M.P. on Neil McKay's orders went to a doctor and get me sleeping pills (I was taking 3 at once) also I had codine pills 1 wk. before and 1 wk. after trial.

9) Same as question (2).

10) I had 2 robbery and poss. jewellery against me they said these would be dropped. But if I did not testify I would be charged with alot more than that!

11) Art McLennan came to see me 2 or three times at Plaza 500. He also said I had no choice but to testify at Doug P. trial. He said you will make money and be clear of all charges. If you don't testify you will have many charges against you.

12) Neil McKay and Art McLennan both told me I would be paid the date after I gave my evidence!

13) After I gave my evidence Neil McKay Art Hoivik and other R.C.M.P. officers were in room with me. They all said we have got Palmer for sure now.

14) While at Plaza 500 I told Staff Sgt. Almrud I would not testify for \$25,000. He said how much do you

3) Ils m'ont dit de ne pas mentionner l'argent qui m'était promis, de simplement dire qu'on m'installerait ailleurs et de ne pas élaborer davantage. Cela m'a été répété plusieurs fois.

4) Ils sont venus me voir en janvier 1976, au Plaza 500 et m'ont montré des photos de Doug P., de son frère, de Roy Dorn, de Tom Duncan, et de beaucoup d'autres et la même chose qu'auparavant. Même insistance pour que j'aie témoigné contre Doug P. Ils ont dit qu'ils le voulaient vraiment.

5) C'était en janvier 1975. On m'a tiré dessus! Ils m'ont placé en détention par mesure de protection. J'avais vraiment peur! J'aurais fait ou dit presque n'importe quoi à ce moment-là. Ils ont dit qu'ils me verseraient \$25,000 et me réinstalleraient. J'ai accepté! Ils, c'est-à-dire Neil McKay et Art McLennan.

6) Suis demeuré au Plaza 500 une semaine avant et une semaine après. Le caporal Art Hoivik avait reçu instruction de s'assurer que je lise les transcriptions et que je les apprenne par cœur. Il me lisait les questions et j'y répondais.

7) Neil McKay est venu me voir par la suite et a encore insisté pour que je témoigne sinon plusieurs accusations seraient portées contre moi. Il répétait toujours que Doug P. m'avait fait descendre et que c'était ma seule chance d'être quitte.

8) J'étais à bout de nerfs. Aussi, la G.R.C. sur les ordres de Neil McKay est allée voir un médecin et a obtenu des somnifères (j'en prenais 3 à la fois) j'ai également pris des pilules de codéine une semaine avant et une semaine après le procès.

9) Voir la question 2).

10) Deux accusations de vol qualifié et de possession de bijoux pesaient contre moi et ils ont dit qu'ils n'y donneraient pas suite. Mais si je ne témoignais pas je serais accusé de beaucoup plus que cela!

11) Art McLennan est venu me voir deux ou trois fois au Plaza 500. Il m'a également dit que je n'avais pas le choix, que je devais témoigner au procès de Doug P. Il m'a dit que je ferai de l'argent et serai libre de toute accusation. Si je ne témoignais pas plusieurs autres accusations seraient portées contre moi.

12) Neil McKay et Art McLennan m'ont dit tous les deux que je serais payé le lendemain de mon témoignage!

13) Après mon témoignage, Neil McKay, Art Hoivik et d'autres agents de la G.R.C. étaient dans une pièce avec moi. Ils ont tous dit que maintenant Palmer était bel et bien coincé.

14) Alors que nous étions au Plaza 500 j'ai dit au sergent d'état major Almrud que je ne témoignerais pas

want? I said \$60,000. He said I do not have the authority to authorize it, I'll be back later with answer. He came back a couple of hours later and said okay you can have \$60,000 if you give evidence, Art Hoivik was there at the time. He also told me Neil McKay said \$60,000 but for me not to mention money on stand.

15) Neil McKay told Corp. Hoivik to tell me about money as if he told me himself and was asked directly on stand about money and me he would have to answer truthfully, but if someone else told me he could say I never talked with Mr. Ford regarding any monies.

16) Same as No. (14).

17) Art McLennan gave the transcripts to Neil McKay and he gave them to me. They both said to read trans. and to be more specific!

18) Neil McKay Art McLennan and every R.C.M.P. officer I came in contact with kept saying I should testify against D. Palmer.

19) As I've said before—I was in 24 hr. contact with R.C.M.P. they all kept at me to testify and nail D. Palmer.

20) Went to Heather St. as it is main office. Inspector Ehman was there. He took me to Main Branch of C. Imperial Commerce on Hastings. Signed money draft and I was paid right in Bank. Cash and travellers cheques. I told him I was to get \$60,000 not \$25,000. He said he was not aware of this but to take it up with Neil McKay and Inspector White when they returned from holidays in 2 wks. Which I did. They said they were sorry but Ottawa would not pay anymore than \$25,000. I'm still waiting for my other \$35,000.00.

21) Met White after I was shot. He said in his office that any deals I was to make would be through Neil McKay.

22) Have telephoned Art McLennan and he said he told R.C.M.P. to pay me the other \$35,000. He can't understand why they haven't kept up there part of bargain!

23) Whenever I refer to D. Palmer or Doug P. in this statutory declaration I am in fact referring to Douglas Palmer.

AND I make this solemn declaration, conscientiously believing it to be true and knowing that it is of the same

pour \$25,000. Il m'a dit combien voulez-vous? J'ai répondu \$60,000. Il m'a dit qu'il n'avait pas le pouvoir de l'autoriser, mais qu'il reviendrait plus tard avec une réponse. Il est revenu environ deux heures plus tard et a dit que c'était d'accord, que j'aurais \$60,000 si je témoignais, Art Hoivik était présent à ce moment-là. Il m'a également dit que Neil McKay avait dit \$60,000 mais que je ne devais pas mentionner d'argent à la barre des témoins.

15) Neil McKay a dit au caporal Hoivik de me dire ce qu'il en était de l'argent parce que, s'il me le disait lui-même et qu'on lui posait une question directe à la barre des témoins sur l'argent et moi, il devrait répondre la vérité, mais si quelqu'un d'autre me le disait il pourrait dire qu'il n'avait jamais parlé d'argent avec M. Ford.

16) Voir le n° 14).

17) Art McLennan a donné les transcriptions à Neil McKay qui me les a remises. Ils m'ont tous les deux dit de les lire et d'être plus précis!

18) Neil McKay, Art McLennan et chaque agent de la G.R.C. avec lesquels j'ai été en contact ont dit avec insistance que je devrais témoigner contre D. Palmer.

19) Comme je l'ai déjà dit—j'étais en rapport avec la G.R.C. 24 heures sur 24, ils étaient tous après moi pour que je témoigne et qu'ils puissent pincer D. Palmer.

20) Suis allé rue Heather puisque c'est leur bureau principal. L'inspecteur Ehman y était. Il m'a amené à la succursale principale de la Banque Impériale de Commerce rue Hastings. Signature des traites et j'ai été payé à la banque. Argent comptant et chèques de voyage. Je lui ai dit que je devais recevoir \$60,000 et non pas \$25,000. Il m'a dit qu'il n'était pas au courant mais de le réclamer à Neil McKay et à l'inspecteur White à leur retour de vacances dans deux semaines. C'est ce que j'ai fait. Ils ont dit qu'ils étaient navrés mais qu'Ottawa ne paierait pas plus de \$25,000. J'attends toujours mes \$35,000.

21) Ai rencontré White après la fusillade. Il m'a dit, dans son bureau, que pour toute entente que je voulais faire je devais passer par Neil McKay.

22) J'ai téléphoné à Art McLennan et il a dit qu'il avait demandé à la G.R.C. de me verser le solde de \$35,000. Il ne peut pas comprendre pourquoi elle n'a pas respecté son engagement!

23) Lorsque je parle de D. Palmer ou de Doug P. dans cette déclaration je veux dire en fait Douglas Palmer.

JE fais cette déclaration solennelle croyant en toute conscience qu'elle est vraie et sachant qu'elle a la même

force and effect as if made under oath and by virtue of the "Canada Evidence Act".

DECLARED before me at the City of Vancouver, in the Province of British Columbia, this 13th day of October, A.D. 1976.

"Fred Ford"

Frederick Thomas Ford

" "

A commissioner for taking
Affidavits for British Columbia

In reply to this motion, the Crown filed extensive material. Arthur MacLennan, Crown counsel, denied, in his affidavit, all improprieties alleged by Ford. He swore that he saw Ford in the Plaza Hotel only once. They had an interview lasting three or four minutes during which he showed Ford some photographs and left a transcript of Ford's evidence taken at the preliminary hearing so any mistakes could be corrected. He explained his actions regarding money in paras. 6, 7 and 8 in these words:

6. THAT I at no time, nor did Sgt. McKay at any time in my presence, say to Ford that he would receive \$25,000.00 or any sum whatsoever, nor that Ford would be paid the day after he gave his evidence, or at any time;

7. THAT in or about the month of May 1976, Ford telephoned me to request that I assist him in obtaining a further \$35,000.00 from the RCM Police. At that time I had become aware that Ford had already received \$25,000.00 in lieu of the re-location arrangements to which he had testified at the trial. I told Ford that notwithstanding he had himself elected after the trial to receive \$25,000.00 instead of the re-location he had been promised, I had already tried to get for him some additional money because I felt he might come to harm if he remained in the Vancouver vicinity; that a lump sum payment totalling \$60,000.00 was perhaps not excessive to keep him out of danger until he could establish himself elsewhere. I also informed Ford on that occasion that a superintendent of the RCM Police had refused to recommend payment of any further money as considered Ford's insistence on a further payment to be close to blackmail. Ford replied that he would never try to blackmail the RCMP; that he had already given his evidence and was not about to change that;

force et le même effet que si elle était faite sous serment en vertu de la "Loi sur la preuve au Canada".

DÉCLARATION faite devant moi en la ville de Vancouver, province de la Colombie-Britannique, ce 13 octobre 1976.

"Fred Ford"

Frederick Thomas Ford

" "

Commissaire à l'assermentation pour la Colombie-Britannique

En défense à cette requête, le ministère public a déposé une somme de documents. Arthur MacLennan, le substitut du procureur général, a nié dans son affidavit toutes les manœuvres incorrectes alléguées par Ford. Il a affirmé sous serment n'avoir vu Ford à l'hôtel Plaza qu'une fois. Ils ont eu un entretien de trois ou quatre minutes au cours duquel il lui on montré des photographies et lui a laissé une transcription du témoignage qu'il avait fait à l'enquête préliminaire afin que toute erreur puisse être corrigée. Dans les paragraphes 6, 7 et 8, il a expliqué sa façon d'agir au sujet de l'argent:

[TRADUCTION] 6. QUE je n'ai jamais dit à Ford, pas plus que le sergent McKay en ma présence, qu'il recevrait \$25,000 ou quelque autre somme d'argent, ni qu'il serait payé le lendemain de son témoignage ou à un autre moment;

7. QUE pendant le mois de mai 1976, ou vers ce moment, Ford m'a téléphoné pour me demander de l'aider à obtenir un montant supplémentaire de \$35,000 de la GRC. A ce moment, je savais que Ford avait déjà reçu \$25,000 à la place du paiement des frais de réinstallation au sujet desquels il avait témoigné au procès. J'ai dit à Ford que, bien qu'il ait lui-même choisi de recevoir \$25,000 après le procès au lieu de la réinstallation qu'on lui avait promise, j'avais déjà essayé d'obtenir pour lui une somme d'argent additionnelle parce que je pensais qu'il pouvait être en danger s'il demeurait dans la région de Vancouver; qu'une somme globale de \$60,000 n'était peut-être pas excessive pour assurer sa sécurité jusqu'à ce qu'il puisse s'établir ailleurs lui-même. J'ai également informé Ford à cette occasion qu'un surintendant de la GRC avait refusé de recommander le paiement de toute somme supplémentaire parce qu'il considérait que l'insistance de Ford à obtenir un autre paiement s'apparentait à du chantage. Ford a répondu qu'il n'essaierait jamais de faire chanter la GRC, qu'il avait déjà témoigné et qu'il ne retirerait pas ce qu'il a dit;

8. THAT I never at any time told Ford I could not understand why the RCMP had not "kept up their part of the bargain;"

The various police officers mentioned by Ford in his declarations denied any impropriety in their affidavits. They denied any harassing of Ford or the putting of any pressures upon him. From their affidavits the Crown position is made clear. There was an arrangement with Ford that he would give evidence against the Palmers. At the preliminary hearing as at the trial Ford admitted the particulars of this arrangement. A condition of the arrangement was that the police would provide protection, and maintenance payments in the amount of \$1,200 a month, until the trial was over. Thereafter provision would be made for the maintenance and relocation of Ford and his family, as well as for their protection until he could re-establish himself elsewhere. The payments made for relocation would have included travelling and moving expenses and, if necessary, a down payment on a new house. Pursuant to this arrangement, Ford gave evidence at the preliminary and no difficulties arose until just before the trial.

According to the police affidavits, at that time Ford seemed to have changed his mind. He decided that he wanted a cash payment rather than relocation expenses as agreed. He requested a sum in the neighbourhood of \$50,000 and indicated that he would go to England to live after the trial and from this cash payment he would cover his own expenses. The police officers who were responsible for the immediate custody and protection of Ford agreed to take the matter up with superior officers and, in discussions between themselves, considered that a \$60,000 payment would not be unreasonable in the circumstances. This figure would presumably have replaced all payments for maintenance, moving and relocation expenses until Ford was re-established after trial and what could be required for a down payment on a house. It is not clear from the evidence what recommendations were made to superior officers on this subject but the Crown, after the trial, was prepared to pay only \$25,000. This payment was arranged by R.C.M.P. Inspector Eyman who met

8. QUE je n'ai jamais dit à Ford que je ne comprenais pas pourquoi la GRC n'avait «pas respecté son engagement;»

Dans leurs affidavits, les différents officiers de police mentionnés par Ford dans ses déclarations ont nié toute manœuvre incorrecte. Ils ont nié l'avoir harcelé ou avoir exercé des pressions sur lui. La position du ministère public se dégage clairement de leurs affidavits. Il y avait une entente avec Ford aux termes de laquelle il devait témoigner contre les Palmer. A l'enquête préliminaire et au procès, Ford a admis les détails de cette entente. Une condition de cette entente était que la police assurerait sa protection et lui verserait une allocation d'entretien de \$1,200 par mois jusqu'à la fin du procès. Par la suite, des dispositions seraient prises pour assurer l'entretien et la réinstallation de Ford et de sa famille et leur protection jusqu'à ce qu'il puisse s'établir ailleurs. Les paiements de réinstallation auraient compris des dépenses de voyage et de déménagement et, au besoin, le paiement initial sur une nouvelle maison. Conformément à cette entente, Ford a témoigné à l'enquête préliminaire et aucune difficulté n'a surgi jusqu'à la veille du procès.

Selon les affidavits des policiers, Ford semblait alors avoir changé d'idée. Il avait décidé qu'il voulait un paiement comptant plutôt que le paiement de ses frais de réinstallation comme convenu. Il a demandé un montant d'environ \$50,000 et a dit qu'il irait vivre en Angleterre après le procès et que ce paiement comptant servirait à couvrir ses dépenses. Les officiers de police directement responsables de la garde et de la protection de Ford ont accepté de soumettre l'affaire à des officiers supérieurs et, en discutant entre eux, ils ont jugé qu'un montant de \$60,000 ne serait pas excessif dans les circonstances. Ce montant aurait, semble-t-il, remplacé tous les paiements pour l'entretien, le déménagement et la réinstallation jusqu'à ce que Ford soit à nouveau établi après le procès et le paiement initial éventuel sur une maison. La preuve n'indique pas clairement quelles recommandations ont été faites aux officiers supérieurs à cet égard mais le ministère public, après le procès, n'était pas disposé à payer plus de \$25,000. L'inspecteur Eyman de la GRC s'est organisé pour

Ford, took him to the bank, procured \$25,000 by cashing a cheque, and gave it to Ford in cash and travellers cheques. At the time of payment, he procured the receipt from Ford exhibited to Ford's first declaration. The Crown submits that Ford, dissatisfied by the payment of \$25,000, and no doubt influenced by fear as well, has changed his story.

The Court of Appeal, when dealing with the motion, had before it in addition to the materials already referred to some fifty-four volumes of evidence from the preliminary hearing and the trial and therefore had a much greater knowledge of the evidence than could be drawn from the brief summary I have set out above. In dealing with the motion, McFarlane J. A., speaking for the Court, said:

Section 610(1) provides that for the purposes of an appeal under Part XVIII of the Code the Court of Appeal may, if it considers it in the interests of justice, receive the evidence of any witness. Parliament has here given the Court a broad discretion to be exercised having regard to its view of the interests of justice. In my opinion it would not serve the interests of justice to receive the tendered evidence of Ford and Twaddell because it is simply not capable of belief. I am satisfied that it is untrue and that any intelligent adult would reject it as wholly untrustworthy. Moreover, the trial Judge was well aware of the weaknesses in the testimony of Ford and Twaddell. He had not found them to be honourable, upright witnesses but he accepted testimony which they gave because it was consistent with, and in harmony with, other testimony placed before him. He found the testimony, not the witnesses, to be credible. In my opinion the tendered evidence if adduced before the trial Judge or other tribunal of fact could not possibly affect the verdict. This view is in accord with the decision of this Court in *R. v. Stewart* (1972), 8 C.C.C. (2d) 137.

I have considered the judgments of the Supreme Court of Canada in *McMartin v. The Queen* [1964] S.C.R. 484 and *Horsburgh v. The Queen* [1967] S.C.R. 746. I find nothing in those judgments which requires me to accept this evidence. With particular reference to the latter judgment, I should add that I do not reject the evidence of Ford on the ground that he testified and was cross-examined at the trial.

effectuer ce paiement; il a rencontré Ford, l'a amené à la banque où il a encaissé un chèque de \$25,000 qu'il a remis à Ford en espèces et en chèques de voyage. Au moment du paiement, il a obtenu le reçu de Ford qui est annexé à la première déclaration de ce dernier. Le ministère public prétend que Ford, mécontent du paiement de \$25,000 et, indubitablement aussi influencé par la crainte, a changé sa version des faits.

Lorsqu'elle a examiné la requête, la Cour d'appel avait devant elle, en plus des documents déjà mentionnés, quelque cinquante-quatre volumes sur la preuve recueillie à l'enquête préliminaire et au procès; elle avait donc une bien meilleure connaissance de la preuve que ce que peut fournir le bref résumé que j'ai présenté plus haut. En statuant sur la requête, le juge McFarlane a dit au nom de la Cour:

[TRADUCTION] La paragraphe 610(1) prévoit qu'aux fins d'un appel prévu par la Partie XVIII du Code, la Cour d'appel peut, lorsqu'elle l'estime dans l'intérêt de la justice, recevoir la déposition de tout témoin. Ici, le législateur a donné à la Cour un grand pouvoir discrétionnaire qu'elle doit exercer suivant sa conception de l'intérêt de la justice. A mon avis, il ne serait pas dans l'intérêt de la justice de recevoir les dépositions de Ford et de Twaddell parce qu'elles ne sont tout simplement pas dignes de foi. Je suis convaincu qu'elles sont fausses et que tout adulte intelligent les rejeterait comme pas du tout dignes de foi. De plus, le juge du procès était bien conscient des faiblesses du témoignage de Ford et de Twaddell. Il ne les a pas considérés comme des témoins respectables et intègres, mais il a accepté leurs témoignages parce qu'ils étaient compatibles et en harmonie avec les autres témoignages devant lui. Il a ajouté foi au témoignage mais non aux témoins. A mon avis, si les dépositions offertes avaient été produites devant le juge du procès ou un autre juge du fond, elles n'auraient vraisemblablement pas influé sur le verdict. Cette opinion est conforme à l'arrêt de cette Cour dans *R. v. Stewart* (1972), 8 C.C.C. (2d) 137.

J'ai examiné les arrêts de la Cour suprême du Canada *McMartin c. La Reine* [1964] R.C.S. 484 et *Horsburgh c. La Reine* [1967] R.C.S. 746. Je n'y trouve rien qui m'oblige à accepter ces dépositions. En ce qui concerne particulièrement le dernier de ces arrêts, j'ajouterai que je ne fonde pas mon rejet de la déposition de Ford sur le motif qu'il a témoigné et a été contre-interrogé au procès.

Parliament has given the Court of Appeal a broad discretion in s. 610(1)(d). The overriding consideration must be in the words of the enactment "the interests of justice" and it would not serve the interests of justice to permit any witness by simply repudiating or changing his trial evidence to reopen trials at will to the general detriment of the administration of justice. Applications of this nature have been frequent and courts of appeal in various provinces have pronounced upon them—see for example *Regina v. Stewart*¹; *Regina v. Foster*²; *Regina v. McDonald*³; *Regina v. Demeter*⁴. From these and other cases, many of which are referred to in the above authorities, the following principles have emerged:

- (1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases: see *McMartin v. The Queen*⁵.
- (2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.
- (3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and
- (4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.

The leading case on the application of s. 610(1) of the *Criminal Code* is *McMartin v. The Queen, supra*. Ritchie J., for the Court, made it clear that while the rules applicable to the introduction of new evidence in the Court of Appeal in civil cases should not be applied with the same force in criminal matters, it was not in the best interests of justice that evidence should be so admitted as a matter of course. Special grounds must be shown to justify the exercise of this power by the appel-

Par l'alinéa 610(1)d), le législateur a donné à la Cour d'appel un grand pouvoir discrétionnaire. On doit donner la prépondérance, dans cette disposition, à l'expression «l'intérêt de la justice» et il ne serait pas dans l'intérêt de la justice de permettre à un témoin, par la seule répudiation ou modification de ses dépositions au procès, de rouvrir des procès à volonté au détriment général de l'administration de la justice. Les demandes de cette nature sont fréquentes et les cours d'appel de diverses provinces se sont prononcées à leur égard—voir par exemple *Regina v. Stewart*¹; *Regina v. Foster*²; *Regina v. McDonald*³; *Regina v. Demeter*⁴. Les principes suivants se dégagent de ces arrêts et d'autres dont plusieurs sont cités dans la jurisprudence susmentionnée:

- (1) On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de matière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles: voir *McMartin c. La Reine*⁵.
- (2) La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.
- (3) La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et
- (4) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat.

L'arrêt fondamental sur l'application du par. 610(1) du *Code criminel* est *McMartin c. La Reine, supra*. Au nom de la Cour, le juge Ritchie y dit clairement que, bien que les règles applicables à la production de nouvelles preuves devant la Cour d'appel dans les affaires civiles ne doivent pas être appliquées aussi rigoureusement dans les affaires criminelles, il n'est pas dans l'intérêt de la justice que des dépositions soient ainsi admises automatiquement. Des motifs spéciaux doivent

¹ (1972), 8 C.C.C. (2d) 137 (B.C.C.A.).

² (1977), 8 A.R. 1 (Alta. C.A.).

³ [1970] 3 C.C.C. 426 (Ont. C.A.).

⁴ (1975), 25 C.C.C. (2d) 417 (Ont. C.A.).

⁵ [1964] S.C.R. 484.

¹ (1972), 8 C.C.C. (2d) 137 (C.A. C-B.).

² (1977), 8 A.R.1. (C.A. Alta.).

³ [1970] 3 C.C.C. 426 (C.A. Ont.).

⁴ (1975), 25 C.C.C. (2d) 417 (C.A. Ont.).

⁵ [1964] R.C.S. 484.

late court. He considered that special grounds existed because of the nature of the evidence sought to be adduced and he considered that it should not be refused admission because of any supposed lack of diligence in procuring the evidence for trial. The test he applied on this question was expressed in these terms at p. 493:

With the greatest respect, it appears to me that the evidence tendered by the appellant on such an application as this is not to be judged and rejected on the ground that it "does not disprove the verdict as found by the jury" or that it fails to discharge the burden of proving that the appellant was incapable of planning and deliberation, or that it does not rebut inferences which appear to have been drawn by the jury. It is enough, in my view, if the proposed evidence is of sufficient strength that it might reasonably affect the verdict of a jury.

The evidence was admitted and a new trial ordered.

In my view, the approach taken in the authorities cited above follows that of this Court in *McMartin*. The evidence in question in the case at bar was not available at trial and it would be, if received, relevant to the issue of guilt on the part of the Palmers. The evidence sought to be introduced in *McMartin* was evidence of an expert opinion not of matters of fact and therefore no issue of credibility in the ordinary sense arose. It is clear, however, that in dealing with matters of fact a consideration of whether, in the words of Ritchie J., the evidence possessed sufficient strength that "it might reasonably affect the verdict of the jury" involves a consideration of its credibility as well as its probative force if presented to the trier of fact.

Because the evidence was not available at trial and because it bears on a decisive issue, the inquiry in this case is limited to two questions. Firstly, is the evidence possessed of sufficient credibility that it might reasonably have been believed by the trier of fact? If the answer is no that ends the matter but if yes the second question presents itself in this form. If presented to the trier of fact and

être établis pour justifier l'exercice de ce pouvoir par une cour d'appel. Il a jugé que des motifs spéciaux existaient en raison de la nature de la preuve que l'on voulait produire et qu'on ne devait pas la refuser à cause d'un prétendu manque de diligence à la produire au procès. Le critère qu'il a appliqué sur cette question est énoncé dans les termes suivants à la p. 493:

[TRADUCTION] Avec égards, je crois que la déposition offerte par l'appelant à l'occasion d'une requête comme celle-ci ne doit pas être jugée et rejetée au motif qu'elle «ne réfute pas le verdict prononcé par le jury» ou qu'elle ne réussit pas à établir que l'appelant était incapable de projeter et de commettre son acte de propos délibéré ou qu'elle ne réfute pas les déductions que le jury paraît avoir faites. Il suffit, à mon avis, que la déposition offerte ait suffisamment de poids pour qu'elle puisse raisonnablement influencer sur le verdict du jury.

La déposition fut admise et un nouveau procès ordonné.

A mon avis, la façon dont les arrêts précités ont abordé la question suit celle adoptée par cette Cour dans *McMartin*. En l'espèce, la déposition en question n'était pas disponible au procès et, si on l'admettait, elle serait pertinente à la question de culpabilité des Palmers. La déposition que l'on voulait produire dans l'affaire *McMartin* était un témoignage d'expert et ne portait pas sur des points de fait de sorte qu'aucune question de crédibilité ne se posait au sens ordinaire de ce mot. Il est clair toutefois que lorsqu'il s'agit de points de fait, un examen de la question de savoir si la déposition a suffisamment de poids (pour reprendre les mots du juge Ritchie) «pour qu'elle puisse raisonnablement influencer sur le verdict du jury» implique un examen de la crédibilité et de la force probante de pareille déposition si on la soumettait au juge du fond.

Puisque la déposition n'était pas disponible au procès et qu'elle porte sur une question décisive, l'étude en l'espèce se limite à deux points. Premièrement, la déposition présente-t-elle suffisamment de vraisemblance pour que le juge du fond ait raisonnablement pu la croire? Si la réponse est négative, la question est réglée, mais si elle est affirmative, il faut se poser la seconde question en

believed, would the evidence possess such strength or probative force that it might, taken with the other evidence adduced, have affected the result? If the answer to the second question is yes, the motion to adduce new evidence would have to succeed and a new trial be directed at which the evidence could be introduced.

It is evident that the Court of Appeal applied the test of credibility and found the evidence tendered as to the validity of Ford's trial evidence to be wholly unworthy of belief. It therefore refused the motion and in so doing made no error in law which would warrant interference by this Court. While it may not be necessary to do so in view of this conclusion, I express the view that the Court of Appeal was fully justified in reaching the conclusion it did upon a consideration of all the evidence adduced on the motion before it and the evidence appearing in the trial transcripts.

It was argued for the appellants that Ford's trial evidence was totally fabricated as a result of police pressures and inducements. In his declarations, Ford says that he was frightened and under pressure and accordingly when the time for the preliminary hearing came he merely got in the witness box and made up a bunch of lies. It should be noted, however, that at the trial, almost a year later, he gave the same evidence and, despite strenuous cross-examination on both occasions, no assertion is made that there was any significant difference in the evidence. The accurate repetition of extemporaneous inventions after such a long interval would be a remarkable performance on Ford's part under any circumstances but, when one adds the fact that the trial judge considered that his evidence was in harmony with the general picture of events which emerged from the evidence of many other witnesses, it becomes impossible to believe that the evidence was fabricated on the spur of the moment. Furthermore, it should be observed that the modification of the financial arrangements with Ford occurred, according to Ford's own declaration, after the preliminary hearing where he had given evidence and before the

ces termes. Si la déposition est présentée au juge du fond qui y ajoute foi, aura-t-elle un poids et une force probante tels qu'elle puisse, compte tenu des autres éléments de preuve produits, influencer sur le résultat? Si la réponse à la seconde question est affirmative, la requête en production de nouveaux éléments de preuve doit être accueillie et un nouveau procès ordonné au cours duquel la déposition pourra être produite.

Il est évident que la Cour d'appel a appliqué le critère de crédibilité et a jugé que la preuve produite sur la validité du témoignage de Ford au procès n'était absolument pas digne de foi. Elle a donc rejeté la requête et, ce faisant, n'a commis aucune erreur de droit qui justifierait l'intervention de cette Cour. Bien que ce ne soit peut-être pas nécessaire de le dire compte tenu de cette conclusion, je suis d'avis que la Cour d'appel était tout à fait justifiée de conclure comme elle l'a fait après un examen de toute la preuve produite à l'occasion de la requête qu'on lui adressait et de la transcription des dépositions faites au procès.

On a allégué au nom des appelants que le témoignage de Ford au procès était entièrement fabriqué en raison des pressions et des incitations des policiers. Dans ses déclarations, Ford dit avoir eu peur et avoir été soumis à des pressions de sorte qu'au moment de l'enquête préliminaire, il est simplement allé à la barre des témoins et a inventé un tas de mensonges. Il faut remarquer toutefois qu'au procès, presque un an plus tard, il a rendu le même témoignage et, en dépit d'un contre-interrogatoire serré à ces deux occasions, on ne souligne aucune différence importante dans ses dépositions. Une répétition exacte de versions improvisées après un aussi long délai serait un exploit de la part de Ford dans n'importe quelle circonstance, mais lorsque l'on tient compte du fait que le juge du procès était d'avis que son témoignage concordait avec le tableau général des événements qui se dégage de plusieurs autres témoignages, il devient impossible de croire que la preuve a été fabriquée sous l'impulsion du moment. De plus, il faut remarquer que, selon la propre déclaration de Ford, les modifications des ententes financières ont été apportées après l'enquête préliminaire où il a rendu témoignage et avant le procès où, de l'aveu

trial when, it is conceded, he repeated it. It is impossible to believe that the nature of his evidence given at trial was affected by the payment or promise of money. Considering the suggestion that this arrangement was undisclosed and that the trial judge could therefore have been misled in his assessment of Ford's credibility, reference may be made to a passage in his reasons for judgment where he said:

Ford testifies that the police promised to protect him and his family if he gave evidence on behalf of the Crown, and that they have fulfilled this promise by paying for the cost of relocating him and his family, and of maintaining them since February 1975. The cost of such maintenance said to have been \$1,200 a month.

A careful review of the police evidence drawn from the affidavits filed confirms the version of the agreement made with Ford which he himself described in evidence at the trial. The police contention that Ford changed his mind shortly before the trial and wanted cash in lieu of unspecified relocation expenses is confirmed, at least in part, by Ford's later acceptance of the sum of \$25,000 and his insistence upon more. It seems clear that he abandoned the original arrangement in favour of a sum of money as contended by the police. It was argued that the police had offered \$60,000 when all that Ford had sought was \$50,000. The police affidavits confirm that Ford requested a sum in the neighbourhood of \$50,000. It also appears from the affidavits that the police officers themselves said, after some discussion between themselves, that they would recommend \$60,000 to their superior officers. When it is considered that this payment was to be in lieu of all other provision for Ford after the trial and that it would serve to cover all the expenses involved in maintenance for Ford and his family including travel and relocation expenses and even a possible down payment on a new house, it does not seem an unreasonable amount.

The manner of payment of the \$25,000 to Ford, which involved no secrecy and was done openly by cheque, negates improper motives on the part of the police. The use of the words "services rendered" and "services" on the receipt has, in my

général, il l'a répété. Il est impossible de croire que le paiement ou la promesse d'argent a influé sur la nature du témoignage qu'il a rendu au procès. Puisque l'on prétend que vu cette entente cachée, le juge du procès a donc pu être induit en erreur dans son appréciation de la crédibilité de Ford, il y a lieu de se reporter à un passage des motifs de son jugement où il dit:

[TRADUCTION] Ford témoigne que la police lui a promis de protéger sa famille et lui-même s'il témoignait pour le ministère public, et qu'elle a respecté cette promesse en payant le coût de leur réinstallation ainsi que celui de leur entretien depuis février 1975. On a dit que ce dernier s'élevait à \$1,200 par mois.

Un examen attentif des dépositions des policiers extraites des affidavits produits confirme la version de l'entente conclue avec Ford que ce dernier décrit dans son témoignage au procès. La prétention de la police que Ford a changé d'idée peu avant le procès et qu'il voulait de l'argent comptant au lieu d'un montant indéterminé pour ses frais de réinstallation est confirmée, du moins en partie, par l'acceptation subséquente par celui-ci d'un montant de \$25,000 et son insistance pour obtenir davantage. Il semble clair qu'il a abandonné l'entente initiale en faveur d'un montant d'argent comme le prétend la police. On a allégué que la police avait offert \$60,000 alors que Ford n'avait demandé que \$50,000. Les affidavits des policiers confirment que Ford a demandé un montant d'argent d'environ \$50,000. Il se dégage également des affidavits que les officiers de police eux-mêmes ont dit, après discussion entre eux, qu'ils recommanderaient le montant de \$60,000 à leurs officiers supérieurs. Lorsque l'on considère que ce paiement devait remplacer toute autre aide pour Ford après le procès et qu'il devait servir à couvrir toutes les dépenses engagées pour l'entretien de Ford et de sa famille, y compris les frais de voyage et de réinstallation et possiblement le paiement initial sur une nouvelle maison, ce montant ne semble pas déraisonnable.

Le mode de paiement des \$25,000 à Ford, qui n'a pas été fait en secret, mais ouvertement par chèque, fait échec à la thèse des motifs blâmables de la police. L'utilisation des mots «services rendus» et «services» sur le reçu n'a, à mon avis,

opinion, no sinister significance. It is evident that these words were employed to describe the arrangement here discussed. In my opinion, the rejection of Ford's evidence by the Court of Appeal was amply justified.

I cannot leave this part of the case without making some general remarks upon the situation it reveals. There can be no doubt that from time to time the interests of justice will require that Crown witnesses in criminal cases be protected. Their lives and the lives of their families and the safety of their property may be endangered. In such cases the use of public funds to provide the necessary protection will not be improper. When the need arises, the form of protection and the amount and method of the disbursement of moneys will vary widely and it is impossible to predict the precise form the required protection will take.

The dangers inherent in this situation are obvious. On the one hand, interference with witnesses cannot be tolerated because the integrity of the entire judicial process depends upon the ability of parties to causes in the courts to call witnesses who can give their evidence free from fears and external pressures, secure in the knowledge that neither they nor the members of their families will suffer in retaliation. On the other hand, the courts must be astute to see that no steps are taken, in affording protection to witnesses, which would influence evidence against the accused or in any way prejudice the trial or lead to a miscarriage of justice. However, in cases where the courts are, after careful examination, satisfied that only reasonable and necessary protection has been provided and that no prejudice or miscarriage of justice has resulted in consequence, they should not draw unfavourable inferences against the Crown, by reason only of this expenditure of public funds.

It must be recognized that when cases of this nature arise, charges of bribery of witnesses will, from time to time, be made. It is for this reason that the courts must be on guard to detect and to deal severely with any attempt to influence or corrupt witnesses. The courts must discharge this duty with the greatest care to ensure that while no impropriety upon the part of the Crown will be

aucune signification fatale. Il est évident que ces mots ont été employés pour décrire l'entente en question ici. A mon avis, la Cour d'appel était amplement justifiée de rejeter le témoignage de Ford.

Je ne peux clore le débat sur cet aspect de l'affaire sans faire des commentaires généraux sur la situation qu'il révèle. Il n'y a aucun doute qu'à l'occasion, les intérêts de la justice nécessitent la protection des témoins du ministère public dans les affaires criminelles. Leur vie, celle de leur famille et la sécurité de leurs biens peuvent être en danger. En pareils cas, l'utilisation de fonds publics pour assurer la protection nécessaire ne sera pas inappropriée. Lorsque le besoin se fait sentir, le mode de protection, le montant et la méthode de paiement varieront largement et il est impossible de prédire la forme précise que prendra la protection qui s'impose.

Les dangers inhérents à cette situation sont évidents. D'une part, on ne saurait tolérer l'intervention auprès des témoins parce que l'intégrité de tout le processus judiciaire dépend de la capacité des parties aux instances judiciaires de citer des personnes qui peuvent témoigner sans craintes ni pressions extérieures et dans l'assurance que leur famille et elles-mêmes ne subiront pas de représailles. D'autre part, les cours doivent être assez perspicaces pour s'assurer qu'en accordant une protection aux témoins, on ne fasse rien qui puisse influencer les témoignages à charge, nuire de quelque façon au procès ou entraîner un déni de justice. Toutefois, dans les affaires où, après un examen minutieux, les cours sont convaincues que l'on a seulement accordé une protection raisonnable et nécessaire et qu'aucun préjudice ou déni de justice n'en a résulté, elles ne devraient pas tirer de conclusions défavorables contre le ministère public du seul fait de cette utilisation de fonds publics.

Il faut reconnaître que, dans des affaires de cette nature, il arrivera que des accusations de corruption de témoins soient portées. C'est pourquoi les cours doivent faire preuve de vigilance dans la détection et la punition sévère de toute tentative d'influencer ou de corrompre des témoins. Les cours doivent s'acquitter de ce devoir avec le plus grand soin pour s'assurer que tout en

permitted, the provision of reasonable and necessary protection for witnesses is not a prohibited practice. In the United States, there are statutory provisions expressly contemplating such expenditure under the authority of the Attorney General.

I now turn to the second point raised in this appeal. There was evidence at trial, resulting from police surveillance, that Ford and Douglas Palmer met on three separate occasions. It was presumably led to afford some evidence of association between them. On July 18, 1972, Ford was seen to leave a car and walk up Palmer's driveway then return to the car in three or four minutes and depart. Ford, in giving evidence in chief, was not asked about this incident and he was not cross-examined about it. Palmer disclaimed any knowledge of Ford's visit. On November 8, 1972, Palmer was seen travelling in Ford's automobile as a passenger with Ford driving. Ford was not examined or cross-examined on this incident. Palmer said that he had been waiting at a bus stop near his home because he was going to pick up a truck which was under repair and Ford happened by in his car and gave him a lift. The event he said was not prearranged. On January 23, 1973, at 11:30 p.m., Ford was observed leaving his automobile from which he went down a driveway to Palmer's house and spoke to Douglas Palmer for a few minutes then returned to his car and left. Ford, as before, gave no evidence relating to this event and was not cross-examined upon it. Palmer said that Ford had come to his house and offered to sell some tires at a reasonable price and Palmer had merely sent him away. Palmer was not cross-examined on his evidence relating to the three meetings.

The trial judge found that Palmer was not a credible witness and indicated that he was not willing to accept his testimony on important matters. In dealing with this question, he made reference to these incidents as well as much other evidence. Counsel for Palmer objects to this on the basis that Palmer's version of what occurred on these occasions stands uncontroverted and, particularly in view of the Crown's failure to examine Ford upon these matters, it is argued that the trial

ne permettant aucune manœuvre incorrecte de la part du ministère public, la protection raisonnable et nécessaire des témoins ne soit pas une pratique interdite. Aux États-Unis, des textes de loi prévoient expressément ce genre de dépenses sous le contrôle du procureur général.

J'aborde maintenant la seconde question posée dans ce pourvoi. Il a été mis en preuve au procès, suite à la surveillance de la police, que Ford et Douglas Palmer se sont rencontrés à trois reprises. Cela était possiblement destiné à fournir des éléments de preuve sur leur association. Le 18 juillet 1972, on a vu Ford descendre de sa voiture et emprunter l'allée de Palmer puis revenir à sa voiture trois ou quatre minutes plus tard et repartir. Dans son témoignage principal, Ford n'a pas été interrogé sur cet incident et il n'a pas été contre-interrogé à ce sujet. Palmer a nié toute connaissance de la visite de Ford. Le 8 novembre 1972, Palmer a été vu comme passager dans la voiture de Ford avec ce dernier au volant. Ford n'a pas été interrogé ni contre-interrogé sur cet incident. Palmer a dit qu'il attendait à un arrêt d'autobus près de chez lui parce qu'il allait chercher un camion en réparation et que Ford était passé en voiture et l'avait ramassé. Il a dit que ce n'était pas prévu. Le 23 janvier 1973 à 23h30, on a vu Ford descendre de sa voiture, emprunter l'allée de la maison de Palmer, lui parler pendant quelques minutes puis revenir à sa voiture et partir. Comme auparavant, Ford n'a fourni aucun témoignage sur cet événement et n'a pas été contre-interrogé à ce sujet. Palmer a dit que Ford était venu chez lui et avait offert de lui vendre des pneus à un prix raisonnable et qu'il l'avait simplement renvoyé. Palmer n'a pas été contre-interrogé sur son témoignage relatif à ces trois rencontres.

Le juge du procès a conclu que Palmer n'était pas un témoin digne de foi et a indiqué qu'il n'avait pas l'intention d'accepter son témoignage sur des points importants. En examinant cette question, il a fait référence à ces incidents et à plusieurs autres éléments de preuve. L'avocat de Palmer objecte que la version de Palmer sur ce qui s'est produit à ces occasions n'est pas contestée et, compte tenu particulièrement de l'omission du ministère public d'interroger Ford sur ces points, il

judge should have accepted Palmer's version of events and not drawn inferences adverse to him. The point was summarized in the appellants' factum in these words:

It is submitted that the Court of Appeal for British Columbia erred in concluding that it was not necessary for the prosecution to have examined Ford in-chief with respect to the three incidents and that it was not necessary to cross-examine the Appellant Douglas Garnet Palmer when he testified with respect to the said three incidents. Had the Court of Appeal for British Columbia found that the learned trial Judge had erred in rejecting the testimony of Douglas Garnet Palmer with respect to the said three incidents then the basis for the learned trial Judge's acceptance of Ford's testimony would have disappeared and the Court of Appeal would then have quashed the convictions against the Appellants.

In dealing with this argument in the Court of Appeal, McFarlane J.A. said for the Court:

The second ground of appeal argued was that the trial Judge should have found that the evidence of Douglas Palmer raised at least a reasonable doubt of his guilt. With particular reference to the three occasions to which I have just referred, it was said that Palmer's evidence was not shaken in cross-examination and it is suggested he was not specifically questioned about one or two of them. Reference was made to *Browne v. Dunn* (1894) The Reports 67 and to *Rex v. Hart* (1932) 23 C.A.R. 202. I respectfully agree with the observation of Lord Morris in the former case at page 79:

I therefore wish it to be understood that I would not concur in ruling that it was necessary in order to impeach a witnesses' credit, that you should take him through the story which he had told, giving him notice by questions that you impeached his credit.

In my opinion the effect to be given to the absence or brevity of cross-examination depends upon the circumstances of each case. There can be no general or absolute rule. It is a matter of weight to be decided by the tribunal of fact, vide: *Sam v. Canadian Pacific Limited* (1976) 63 D.L.R. (3d) 294 and cases cited there by Robertson, J.A. at 315-7. In the present case Douglas Palmer was cross-examined extensively. It seems to me the circumstances are such that it must have been foreseen his credit would be attacked if he testified to his innocence. In any event, this was made plain when he was cross-examined. The trial Judge gave a careful explanation for his acceptance of the story of Ford and

prétend que le juge du procès aurait dû accepter la version des événements donnée par Palmer et ne pas en tirer de conclusions défavorables à ce dernier. Le point est résumé comme suit dans le mémoire des appelants:

[TRADUCTION] Nous soutenons que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur en concluant qu'il n'était pas nécessaire que la poursuite interroge Ford sur les trois incidents en interrogatoire principal, et qu'il n'était pas nécessaire de contre-interroger l'appelant Douglas Garnet Palmer, lorsqu'il a témoigné, sur les trois incidents susmentionnés. Si la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait conclu que le savant juge du procès avait commis une erreur de droit en rejetant le témoignage de Douglas Garnet Palmer sur les trois incidents susmentionnés, le fondement sur lequel s'est appuyé le savant juge du procès pour accepter le témoignage de Ford aurait disparu et la Cour d'appel aurait alors annulé les déclarations de culpabilité prononcées contre les appelants.

En examinant cet argument, le juge McFarlane a dit au nom de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Selon le second moyen d'appel, le savant juge du procès aurait dû conclure que le témoignage de Douglas Palmer soulevait au moins un doute raisonnable sur sa culpabilité. Pour ce qui est en particulier des trois occasions susmentionnées, on a dit que le témoignage de Palmer n'a pas été ébranlé en contre-interrogatoire et on a prétendu qu'il n'a pas été spécifiquement interrogé sur l'un ou l'autre de ces événements. On a cité *Browne v. Dunn* (1894) The Reports 67 et *Rex v. Hart* (1932) 23 C.A.R. 202. Avec égards, je souscris à la remarque de lord Morris dans le premier de ces arrêts à la p. 79:

Je veux donc qu'il soit clair que je ne souscris pas à la conclusion qu'il est nécessaire, pour attaquer la crédibilité d'un témoin, qu'on l'interroge sur l'histoire qu'il a racontée, en le prévenant par des questions qu'on met en doute sa crédibilité.

A mon avis l'effet à donner à l'absence de contre-interrogatoire ou à sa brièveté dépend des circonstances de chaque affaire. Il ne peut y avoir de règle générale ou absolue. C'est une question de poids à être tranchée par le juge des faits, voir: *Sam v. Canadian Pacific Limited* (1976) 63 D.L.R. (3d) 294 et la jurisprudence citée par le juge Robertson de la Cour d'appel aux pp. 315 à 317. En l'espèce, Douglas Palmer a fait l'objet d'un contre-interrogatoire en profondeur. Il me semble que les circonstances sont telles qu'on doit avoir prévu que sa crédibilité serait contestée s'il protestait de son innocence. Quoi qu'il en soit, c'est devenu évident pendant son contre-interrogatoire. Le juge du procès a soigneuse-

rejecting that of Douglas Palmer. I cannot give effect to this ground of appeal.

I am in full agreement with these words and I do not consider it necessary to add to them save to emphasize that the finding against the credibility of Palmer was made upon much more than the evidence of these three events. It was based upon a consideration of the whole of the evidence including the full examination and cross-examination of Palmer. I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Walsh, Micay & Co., Winnipeg.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

ment expliqué pourquoi il acceptait la version de Ford et rejetait celle de Douglas Palmer. Je ne peux donner effet à ce moyen d'appel.

Je souscris entièrement à cette opinion et je n'estime pas nécessaire d'y ajouter quoi que ce soit, sauf pour souligner que la conclusion à l'encontre de la crédibilité de Palmer était fondée sur bien plus que la preuve relative à ces trois événements. Elle s'appuyait sur un examen de l'ensemble de la preuve, y compris l'interrogatoire et le contre-interrogatoire complets de Palmer. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants: Walsh, Micay & Co., Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.

**Thomas Maxwell Duncan, John Albert Smith
and Robert Porter** *Appellants;*

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1979: June 26, 27; 1979: December 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Appellants convicted of conspiring to traffic in heroin — Subsequent declarations by principal Crown witness asserting his trial evidence untrue — Refusal of Court of Appeal to admit this new evidence — No error in law on part of Court of Appeal — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 610(1)(d).

APPEAL against the refusal of the Court of Appeal for British Columbia to admit fresh evidence in the appeal of the appellants against their conviction in the Supreme Court of British Columbia before Macfarlane J. sitting without a jury upon an indictment charging a conspiracy to traffic in heroin. Appeal dismissed.

John D. Banks, for the appellants.

Mark M. de Weerd, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—The appellants were convicted on March 23 of 1976 of conspiring to traffic in heroin. Douglas Garnet Palmer and Donald Palmer, the appellants in *Douglas Garnet Palmer and Donald Palmer v. The Queen*, judgment in which appeal is given concurrently, were named in the same indictment with certain others as conspirators and convicted with the present appellants. The appellants appealed to the Court of Appeal for British Columbia and upon that appeal applied to have certain fresh evidence received before the Court of Appeal. This motion was refused and their appeal dismissed. They appeal to this Court.

**Thomas Maxwell Duncan, John Albert Smith
et Robert Porter** *Appellants;*

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1979: 26, 27 juin; 1979: 21 décembre.

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

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

Droit criminel — Appellants déclarés coupables de complot pour faire le trafic d'héroïne — Déclarations ultérieures du principal témoin à charge quant à son faux témoignage au procès — Refus de la Cour d'appel d'admettre ce nouvel élément de preuve — Aucune erreur de droit de la Cour d'appel — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 610(1)d).

POURVOI à l'encontre du refus de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique d'admettre de nouveaux éléments de preuve dans l'appel qu'ont formé les appellants qui attaquaient par là leur déclaration de culpabilité prononcée en Cour suprême de la Colombie-Britannique par le juge Macfarlane siégeant sans jury sur un acte d'accusation imputant un complot pour faire le trafic d'héroïne. Pourvoi rejeté.

John D. Banks, pour les appellants.

Mark M. de Weerd, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Les appellants ont été déclarés coupables le 23 mars 1976 de complot pour faire le trafic d'héroïne. Douglas Garnet Palmer et Donald Palmer, appellants dans *Douglas Garnet Palmer et Donald Palmer c. La Reine*, affaire dans laquelle jugement est rendu concurremment, étaient désignés dans le même acte d'accusation, avec d'autres personnes, comme conspirateurs et ont été déclarés coupables avec les présents appellants. Ceux-ci ont interjeté appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et lors de cet appel ils ont demandé que de nouveaux éléments de preuve y soient reçus. Cette requête a été refusée et leur appel a été rejeté. Ils ont formé un pourvoi devant cette Cour.

This appeal was heard with the appeal of the Palmers. The appellants raised the same grounds of appeal and contended for the reception in evidence of the same evidence. Counsel adopted the arguments advanced for the Palmers and added certain supplementary submissions.

I am unable to see any difference in the two appeals and for the reasons given in *Douglas Garnet Palmer and Donald Palmer v. The Queen*, *supra*, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

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

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

Ce pourvoi a été entendu avec celui des Palmer. Les appelants ont invoqué les mêmes moyens d'appel et ont demandé que les mêmes dépositions soient reçues en preuve. L'avocat a adopté les arguments présentés au nom des Palmer et a ajouté certaines allégations supplémentaires.

Je ne réussis pas à voir de différence entre les deux pourvois et, pour les motifs exposés dans *Douglas Garnet Palmer et Donald Palmer c. La Reine*, précité, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants: Clarke, Covell, Banks, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.

Jean-Claude Charette *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1980: February 5, 6; 1980: April 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Conspiracy to use forged documents — Evidence — Admissibility — Wiretap evidence — Scope of voir dire — Duty of trial judge in voir dire — Whether evidence as to integrity and continuity of tapes and voice identification should be heard in the absence of the jury — Criminal Code, ss. 178.13, 178.16(4), 326.

Protection of privacy — Interception of private communications — Admissibility of evidence — Criminal Code, ss. 178.13, 178.16(4), 326.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ allowing a Crown appeal from an acquittal on a charge of conspiracy to use forged documents, and ordering a new trial. Appeal dismissed, direction for a new trial confirmed.

Donald B. Bayne, for the appellant.

J. D. Watt, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—The appellant, Charette, was charged, along with several others, in an indictment dated October 4, 1976, with conspiracy to use forged documents (cheques) as if they were genuine, contrary to s. 326 of the *Criminal Code* of Canada. The Crown's case was entirely dependent upon evidence obtained by the interception of certain private telephone communications which were purportedly made pursuant to an authorization given by a Supreme Court judge under s. 178.13 of the *Criminal Code*. At the outset of the trial, the trial judge held an extensive *voir dire* of some eight and-one-half days, during which he

¹ (1977), 37 C.C.C. (2d) 497.

Jean-Claude Charette *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1980: 5, 6 février; 1980: 22 avril.

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

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

Droit criminel — Complot en vue de se servir de documents contrefaits — Preuve — Écoute électronique — Admissibilité — Étendue du voir dire — Obligation du juge du procès au voir dire — Doit-on entendre la preuve de l'intégrité et de la continuité des bandes et de l'identification des voix en l'absence du jury? — Code criminel, art. 178.13, 178.16(4), 326.

Protection de la vie privée — Interception de communications privées — Admissibilité de la preuve — Code criminel, art. 178.13, 178.16(4), 326.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ qui a accueilli un appel interjeté par le ministère public d'un acquittement sur une accusation de complot en vue de se servir de documents contrefaits, et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté, décision ordonnant un nouveau procès confirmée.

Donald B. Bayne, pour l'appellant.

J. D. Watt, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—L'appellant, Charette, a été inculpé, avec plusieurs autres personnes, aux termes d'un acte d'accusation en date du 4 octobre 1976, d'avoir comploté en vue de se servir de documents contrefaits (des chèques) comme si ces documents étaient authentiques, contrairement à l'art. 326 du *Code criminel* du Canada. La preuve de la poursuite est entièrement fondée sur des conversations téléphoniques privées qui auraient été interceptées conformément à une autorisation donnée par un juge de la Cour suprême de l'Ontario en application de l'art. 178.13 du *Code criminel*. Il y eut, au début du procès, un long voir dire,

¹ (1977), 37 C.C.C. (2d) 497.

the entire Crown case covering all questions relating to the obtaining of the interceptions in addition to evidence concerning the validity of the authorization and the procedures followed by the Crown in pursuance of it. At the conclusion of the *voir dire*, he held that transcripts of the interceptions made by the Crown, as well as certain derivative evidence obtained because of the interceptions, were inadmissible. The Crown case, depending as it did upon such evidence, was therefore destroyed. The jury, which had been sworn before the commencement of the *voir dire*, was recalled and the trial judge directed a verdict of acquittal since the Crown had led no evidence. The accused were acquitted. The Crown appealed to the Ontario Court of Appeal with the result that a new trial was directed. The reasons of the Court, written by Dubin J.A., have been reported and are to be found as *R. v. Parsons et al.*²

Before this Court, the appellant raised substantially the same points that were canvassed in the Court of Appeal. Because I am of the view that the appeal must fail and a new trial be ordered, I do not consider it wise or necessary to deal at any greater length with the matter than to express approval of the judgment of the Court of Appeal. I adopt the reasons given in that Court by Dubin J.A. which, in my view, correctly deal with all the issues raised in this case. I would, therefore, dismiss the appeal and confirm the direction for a new trial.

Appeal dismissed, direction for a new trial confirmed.

Solicitors for the appellant: McCann & Bayne, Ottawa.

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

² (1977), 37 C.C.C. (2d) 497.

d'une durée de huit jours et demi, au cours duquel le juge du procès a entendu toute la preuve de la poursuite sur toutes les questions se rapportant aux interceptions, en plus de la preuve sur la validité de l'autorisation et les procédures suivies par le ministère public en application de cette autorisation. A la fin du voir dire, le juge a conclu que les transcriptions des communications interceptées par le ministère public, de même que certains éléments de preuve dérivée découlant de ces interceptions, étaient inadmissibles. La preuve de la poursuite, qui était fondée sur cet ensemble d'éléments, a donc été anéantie. Le jury, qui avait été assermenté avant le début du voir dire, a été rappelé et le juge du procès lui a ordonné de rendre un verdict d'acquiescement vu l'absence de preuve à charge. Les accusés ont été acquittés. Le ministère public a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario et un nouveau procès a été ordonné. Les motifs de la Cour d'appel, rédigés par le juge Dubin, sont publiés sous l'intitulé *R. v. Parsons et al.*²

Devant cette Cour, l'appelant a soulevé essentiellement les mêmes points que ceux débattus en Cour d'appel. Puisque je suis d'avis que le pourvoi est irrecevable et qu'il convient d'ordonner un nouveau procès, je n'estime ni sage ni nécessaire d'élaborer sur la question si ce n'est pour dire que j'approuve l'arrêt de la Cour d'appel. Je fais miens les motifs du juge Dubin qui, selon moi, traitent avec justesse de toutes les questions soulevées en l'espèce. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la décision ordonnant un nouveau procès.

Pourvoi rejeté, décision ordonnant un nouveau procès confirmée.

Procureurs de l'appelant: McCann & Bayne, Ottawa.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

² (1977), 37 C.C.C. (2d) 497.

**Irving Oil Limited, Foster Wheeler Limited
and Canaport Limited Appellants;**

and

**The Provincial Secretary of The Province of
New Brunswick Respondent;**

1979: November 28, 29; 1980: March 18.

Present: Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Estey,
McIntyre and Chouinard J.J.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NEW
BRUNSWICK, APPEAL DIVISION

*Taxation — Sales tax — Exemptions — Judicial
review — Scope of judicial review — Machinery and
apparatus used in manufacture or production of goods
for sale or use — Machinery and apparatus as defined
by the Minister — Failure of Minister to define — The
Social Services and Education Tax Act, R.S.N.B. 1973,
c. S-10, s. 11(o).*

The appellant Irving Oil owns and operates a refinery at Saint John. With successive expansions of capacity additional storage tanks for crude oil were erected some five and a half miles away. These tanks and some preliminary treatment facilities are owned by the appellant Canaport, a wholly owned subsidiary of Irving Oil. Foster Wheeler Limited was construction agent of Irving Oil for the refinery expansion.

The case arose out of a claim to an exemption from sales tax taken by way of a notice of objection, under the provisions of s. 27 of the Act, disputing the assessment. The objections were, though an alternative basis was urged in some cases, all based on s. 11(o) of the Act which exempts "machinery and apparatus as defined by the Minister, and complete parts thereof, which in the opinion of the Minister are to be used directly in the process of manufacture or production of goods for sale or use".

The Tax Commissioner allowed the exemption for some of the disputed items and denied it for others. Appellants appealed under s. 28 of the Act to the Minister who gave a written decision allowing the appeal with respect to several items, holding that they did "constitute machinery and apparatus used directly in the production of goods and qualify for the exemption under Section 11, subsection (o)" and affirming the Tax Commissioner's decision with respect to the other items.

**Irving Oil Limited, Foster Wheeler Limited
et Canaport Limited Appelantes;**

et

**Le secrétaire provincial de la province du
Nouveau-Brunswick Intimé.**

1979: 28, 29 novembre; 1980: 18 mars.

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

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR
SUPRÊME DU NOUVEAU-BRUNSWICK

*Droit fiscal — Taxe de vente — Exemptions —
Examen judiciaire — Étendue de l'examen judiciaire
— Machines et appareils servant à la fabrication ou à
la production de marchandises destinées à la vente ou à
l'usage — Machines et appareils que le Ministre déter-
mine — Absence de définition du Ministre — Loi sur la
taxe pour les services sociaux et l'éducation, L.R.N.-B.
1973, chap. S-10, art. 11o).*

L'appelante Irving Oil est propriétaire d'une raffinerie qu'elle exploite à Saint-Jean. Suite à plusieurs améliorations apportées à la capacité de production, des réservoirs supplémentaires pour l'emmagasinage du pétrole brut ont été érigés à une distance de quelque cinq milles et demi. L'appelante Canaport, une filiale en propriété exclusive d'Irving Oil, est propriétaire de ces réservoirs et d'installations pour le traitement préliminaire du pétrole. Foster Wheeler Limited était responsable pour Irving Oil des travaux de construction relatifs à l'agrandissement de la raffinerie.

Le litige découle d'une demande d'exonération de taxe de vente signifiée par avis d'opposition, conformément aux dispositions de l'art. 27 de la Loi, contestant la cotisation. Bien qu'un moyen subsidiaire ait été invoqué dans certains cas, les oppositions sont toutes fondées sur l'al. 11o) de la Loi qui exonère «les machines et appareils que le Ministre détermine et leurs pièces achevées qui, de l'avis du Ministre, doivent servir directement à la fabrication ou à la production de marchandises destinées à la vente ou à l'usage».

Le commissaire de l'impôt a accordé l'exonération pour certaines des marchandises en cause et l'a refusée pour d'autres. Les appelantes en ont appelé au Ministre, en vertu de l'art. 28 de la Loi. Il a rendu une décision par écrit accueillant l'appel relativement à certaines marchandises et a décidé qu'elles «constituent des machines et des appareils servant directement à la production de marchandises et qu'elles peuvent bénéficier de l'exonération prévue à l'al. 11o); il a confirmé la

From this decision an appeal was taken to the Supreme Court of New Brunswick under s. 29. There the items involved were "A" propane tanks used for storage, in liquid form, of propane produced at the refinery to which odor is added prior to sale if the propane meets sale requirements; "B" electrical transformers, both purchased and rented; "C" mixers installed in the crude oil storage tanks; "D" pipes, valves, fittings, and other miscellaneous items used in connection with the operation of the Canaport facilities and in the course of bringing by pipeline the crude to the refinery. Excepting only from the last item "any valves or ancillary equipment which fall within the category of the pressure regulators discussed in *Consumers' Gas*", [1976] 2 S.C.R. 640, the appeal was allowed. The Court of Appeal however allowed the appeal by the Provincial Secretary and restored the decision of the Minister. The unanimous opinion of that Court noted that the Minister had never issued a definition of the machinery and apparatus exempted under para. (o) and held that there could be no exemption until the Minister defined the specific machinery and apparatus to be exempt.

Held: The appeal should be allowed.

The question is whether in the absence of a ministerial definition the exemption avails for all machinery and apparatus coming within the class specified in para. (o), this class of goods being sufficiently described to be ascertainable without a definition. In *Carling Export*, [1931] A.C. 435, it was held that, although no regulations had been prescribed under the *Special War Revenue Act*, 1915 (Can.), provision, the brewery company was entitled to the benefit of an exemption from excise tax on goods manufactured for export, under regulations prescribed by the Minister of Customs and Excise. The reasoning in that case applies *a fortiori* here. Section 28 of the Act provides for an appeal to the court from the decision of the Minister on an assessment. If in the absence of a definition the claim for exemption failed it would mean that by not making use of the defining power the Minister could make his decisions unassailable. Further, the power of issuing a definition is to be exercised in good faith and it would be usurpation of power for a Minister to suppress such an exemption by issuing no definition. In restoring the judgment of the trial judge (which the Court of Appeal would have affirmed apart from the objection based on the absence of a ministerial definition) it should be observed with respect to item "D" covering pipes, valves, fittings and other miscellaneous items, that these items are all used

décision du commissaire relativement aux autres marchandises. Un appel a été interjeté de cette décision à la Cour suprême du Nouveau-Brunswick en vertu de l'art. 29. Les marchandises y visées sont «A» réservoirs pour l'entreposage, sous forme liquide, du propane produit à la raffinerie auquel une odeur est ajoutée avant la vente, s'il satisfait aux conditions de vente; «B» transformateurs électriques, qu'ils soient achetés ou loués; «C» les mélangeurs installés dans les réservoirs d'emmagasinage du pétrole brut; «D» les tuyaux, valves, accessoires et autres articles divers utilisés pour le fonctionnement des installations de Canaport et pour le transport par pipeline du pétrole brut à la raffinerie. L'appel a été accueilli, sauf qu'on a retranché de la dernière catégorie «les valves et pièces accessoires qui tombent dans la catégorie des régulateurs de pression dont il est question dans *Consumers' Gas*», [1976] 2 R.C.S. 640. La Cour d'appel a cependant accueilli l'appel interjeté par le secrétaire provincial et rétabli la décision du Ministre. Elle a remarqué, dans son opinion unanime, que le Ministre n'avait jamais édicté de définition des machines et appareils exonérés en vertu de l'al. o) et a décidé qu'il ne pouvait y avoir d'exonération avant que le Ministre ne définisse les machines et appareils particuliers qui doivent être exonérés.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

La question est de savoir si, en l'absence d'une définition ministérielle, l'exonération s'applique à toutes les machines et à tous les appareils qui entrent dans la catégorie spécifiée à l'al. o), cette catégorie de marchandises étant suffisamment décrite pour être identifiable sans définition. Dans *Carling Export*, [1931] A.C. 435, on a jugé que bien qu'aucun règlement n'ait été édicté en vertu de la *Loi spéciale sur les revenus de guerre*, 1915 (Can.), la brasserie pouvait bénéficier de l'exonération de la taxe d'accise sur les produits fabriqués pour l'exportation, aux termes des règlements prescrits par le Ministre des Douanes et de l'Accise. Le raisonnement dans cette affaire s'applique *a fortiori* ici. L'article 28 de la Loi prévoit un appel à la cour de la décision du Ministre sur une cotisation. Si, en l'absence d'une définition, la demande d'exonération doit être rejetée, cela signifierait qu'en s'abstenant de se servir de son pouvoir de définition, le Ministre pourrait rendre ses décisions inattaquables. De plus, le pouvoir d'édicté une définition doit être exercé de bonne foi et un ministre abuse-rait de son pouvoir s'il supprimait telle exonération en n'édictant aucune définition. En rétablissant le jugement de première instance (que la Cour d'appel aurait confirmé n'eût été l'objection fondée sur l'absence de définition ministérielle), il faut observer, au sujet de la catégorie «D»: enveloppes de tuyaux, valves, accessoires et

in an integrated process initiated in one place and completed at the refinery proper. This is not the same situation as in the *Consumers' Gas* case, where pressure regulators were denied the benefit of federal exemption because they were not used in "the manufacture or production of goods" but in distribution. Here the regulators at the Canaport facility are used in the overall manufacturing process, the operation of the refinery, and not in the distribution of its products.

Carling Export Brewing and Malting Company Limited v. The King, [1931] A.C. 435, applied; *Dominion Press Limited v. Minister of Customs and Excise*, [1928] A.C. 340; *Quebec Hydro Electric Commission v. Deputy Minister of National Revenue*, [1970] S.C.R. 30; *Consumer's Gas v. Deputy Minister of National Revenue*, [1976] 2 S.C.R. 640; *Michelin Tires Manufacturing (Canada) Ltd.* (1976), 15 N.S.R. (2d) 150; 14 A.P.R. 150, referred to.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of New Brunswick¹ allowing an appeal from a judgment of Barry J., Q.B.C.², allowing an appeal under ss. 27, 28, 29 of *The Social Services and Education Tax Act*. Appeal allowed with costs, judgment of Barry J. restored and varied by deleting therefrom the exception pertaining to valves and ancillary equipment which fall within the category of pressure regulators.

E. Neil McKelvey, Q.C., and *William B. Goss*, for the appellants.

Richard C. Speight and *David M. Norman, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

PIGEON J.—This appeal is from a judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of New Brunswick, (1978), 24 N.B.R. (2d) 124, reversing the judgment of Barry J., (1977), 17 N.B.R. (2d) 203, which vacated, subject to a minor exception, an assessment issued against the appellants under *The Social Services and Education Tax Act* (the "Act") of the Province of New Brunswick, R.S.N.B. 1973, c. S-10.

¹ (1978), 24 N.B.R. (2d) 124.

² (1977), 17 N.B.R. (2d) 203.

autres marchandises diverses, que toutes ces marchandises sont utilisées dans un même processus entamé dans un endroit et complété à la raffinerie. Ce n'est pas la même situation que dans l'arrêt *Consumers' Gas*, où les régulateurs de pression n'ont pas bénéficié de l'exonération fédérale parce qu'ils ne servaient pas à «la fabrication ou la production de marchandises», mais à la distribution. Ici les régulateurs, dans les installations de Canaport, sont utilisés dans l'ensemble du processus de fabrication, l'exploitation de la raffinerie et non dans la distribution des produits.

Jurisprudence: *Carling Export Brewing and Malting Company Limited v. The King*, [1931] A.C. 435, arrêt suivi; *Dominion Press Limited v. Minister of Customs and Excise*, [1928] A.C. 340; *Commission hydroélectrique de Québec c. Le sous-ministre du Revenu national*, [1970] R.C.S. 30; *Consumers' Gas c. Le sous-ministre du Revenu national*, [1976] 2 R.C.S. 640; *Michelin Tires Manufacturing (Canada) Ltd.* (1976), 15 N.S.R. (2d) 150; 14 A.P.R. 150.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick¹ qui a infirmé le jugement du juge Barry de la division du Banc de la Reine² qui avait accueilli un appel en vertu des art. 27, 28 et 29 de la *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation*. Pourvoi accueilli avec dépens, jugement du juge Barry rétabli et modifié en y retranchant l'exception relative aux valves et pièces accessoires qui tombent dans la catégorie des régulateurs de pression.

E. Neil McKelvey, c.r., et *William B. Goss*, pour les appelantes.

Richard C. Speight et *David M. Norman, c.r.*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE PIGEON—Le pourvoi attaque un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick, (1978), 24 N.B.R. (2d) 124, qui a infirmé le jugement du juge Barry, (1977), 17 N.B.R. (2d) 203, lequel avait annulé, sauf une exception mineure, une cotisation établie contre les appelantes en vertu de la *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation* (la «Loi») de la province du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, chap. S-10.

¹ (1978), 24 N.B.R. (2d) 124.

² (1977), 17 N.B.R. (2d) 203.

The appellant, Irving Oil Limited, owns and operates a refinery at Saint John. In connection with successive expansions of capacity, additional storage tanks for crude oil were erected at Mispec, five and one-half miles away, and connected to the refinery by underground pipelines. The appellant, Canaport Limited, is a wholly owned subsidiary of Irving Oil Limited which owns the tanks at Mispec together with some facilities for preliminary treatment of the oil. The other appellant, Foster Wheeler Limited, was a construction agent of Irving Oil Limited with respect to the refinery expansion.

Section 27 of the *Act* provides that liability for tax assessed may be disputed by a notice of objection served upon the Tax Commissioner who is then required to reconsider the assessment and give a decision in writing. Objections were duly served under this provision and, except that an alternative basis was urged in some cases, they were all based on the exemption allowed by para. (o) of s. 11 in the following terms:

(o) machinery and apparatus as defined by the Minister, and complete parts thereof, which in the opinion of the Minister are to be used directly in the process of manufacture or production of goods for sale or use;

The Tax Commissioner did reconsider the assessments and gave written decisions allowing the exemptions for some of the disputed items, denying it for other items.

Section 28 of the *Act* provides for an appeal to the Minister from the decision of the Commissioner and the appellants did appeal accordingly. The Minister gave a decision in writing allowing the appeal with respect to several items on the basis that they did: "constitute machinery and apparatus used directly in the production of goods and qualify for exemption under Section 11, subsection (o)". With respect to other items the decision of the Commissioner was affirmed.

L'appelante, Irving Oil Limited, est propriétaire d'une raffinerie qu'elle exploite à Saint-Jean. À l'occasion de plusieurs améliorations apportées à la capacité de production, des réservoirs supplémentaires pour l'emmagasinage du pétrole brut ont été érigés à Mispec, une distance de cinq milles et demi, et reliés à la raffinerie par des pipe-lines souterrains. L'appelante Canaport Limited, une filiale en propriété exclusive d'Irving Oil Limited, est propriétaire des réservoirs à Mispec et d'installations pour le traitement préliminaire du pétrole. La troisième appelante, Foster Wheeler Limited, était responsable pour Irving Oil Limited des travaux de construction relatifs à l'agrandissement de la raffinerie.

L'article 27 de la *Loi* prévoit que l'assujettissement à la taxe fixée peut être contesté par un avis d'opposition signifié au commissaire de l'impôt qui doit alors examiner de nouveau la cotisation et rendre une décision par écrit. Les oppositions ont été dûment signifiées en vertu de cette disposition et, sauf un moyen subsidiaire invoqué dans certains cas, elles sont toutes fondées sur l'exonération prévue à l'al. 11o) dans les termes suivants:

o) Les machines et appareils que le Ministre détermine et leurs pièces achevées qui, de l'avis du Ministre, doivent servir directement à la fabrication ou à la production de marchandises destinées à la vente ou à l'usage;

Le commissaire de l'impôt a examiné de nouveau les cotisations et a rendu des décisions écrites qui exonèrent certaines des marchandises en cause et refusent d'en exonérer d'autres.

L'article 28 de la *Loi* permet d'en appeler au Ministre de la décision du commissaire et les appelantes se sont prévaluées de ce droit. Le Ministre a rendu une décision par écrit qui accueille l'appel relativement à certaines marchandises pour le motif qu'elles: [TRADUCTION] «constituent des machines et des appareils servant directement à la production de marchandises et qu'elles peuvent bénéficier de l'exonération prévue à l'al. 11o)». Relativement aux autres marchandises il a confirmé la décision du commissaire.

From the decision of the Minister an appeal was taken to a judge of the Supreme Court of New Brunswick under s. 29 of the *Act* which reads:

29. If the appellant is dissatisfied with the decision of the Minister, he may within thirty days from the date of mailing of such notice, appeal from such decision to a Judge of the Supreme Court.

When the appeal was heard by Barry J., the items involved were, as stated by him at p. 209, the following:

"A" propane tanks used for storage, in liquid form, of propane produced at the refinery location to which odor is added prior to sale if the propane meets the proper tests to meet sale requirements. If it does not meet the tests, it is used at the refinery furnaces and boilers. If it does so, odor is added and the propane is sold;

"B" electrical transformers used to change the electricity purchased at 138,000 volts to the voltages necessary to the refinery process, such transformers being both purchased and rented;

"C" mixers installed in the crude oil storage tanks at Mispec;

"D" pipes, valves, fittings, and other miscellaneous items used at the Mispec location in connection with the operation of the facilities there and in the course of transporting by pipeline the crude to the refinery (List exhibit P-7).

The trial judge allowed the appeal with respect to all those items excepting only from the last item (at pp. 217-218) "any valves or ancillary equipment which fall within the category of the pressure regulators discussed in the *Consumers' Gas* case³".

From this judgment an appeal was brought before the Appeal Division by the Provincial Secretary and there was also a cross-appeal seeking the elimination of the exception made by Barry J.

As previously mentioned, the main appeal was allowed and the decision of the Minister restored by the Appeal Division. Limerick J.A. giving the unanimous opinion of the Appeal Division noted

³ *sub nom. Consumers' Gas v. Deputy Minister of National Revenue*, [1976] 2 S.C.R. 640.

Un appel a été interjeté de la décision du Ministre à un juge de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick en vertu de l'art. 29 de la *Loi* dont voici le texte:

29. Si l'appelant n'est pas satisfait de la décision du Ministre, il peut en appeler à un juge de la Cour suprême dans les trente jours de la mise à la poste de cet avis.

Le juge Barry a énuméré, à la p. 209, les marchandises visées par l'appel:

[TRADUCTION] «A» réservoirs pour l'entreposage, sous forme liquide, du propane produit à la raffinerie auquel une odeur est ajoutée avant la vente, s'il satisfait aux épreuves appropriées pour être conforme aux conditions de vente. S'il ne satisfait pas aux épreuves il est utilisé dans les fournaies et les chaudières de la raffinerie. S'il y satisfait, l'odeur est ajoutée et le propane est vendu;

«B» transformateurs électriques utilisés pour réduire l'électricité, achetée à 138,000 volts, au voltage nécessaire au processus de raffinage, ces transformateurs sont achetés ou loués;

«C» les mélangeurs installés dans les réservoirs d'emmagasinage du pétrole brut à Mispec;

«D» les tuyaux, valves, accessoires et autres articles divers utilisés pour le fonctionnement des installations à Mispec et pour le transport par pipe-line du pétrole brut à la raffinerie (liste, pièce P-7).

Le juge de première instance a accueilli l'appel relativement à toutes ces marchandises sauf qu'il a retranché de la dernière catégorie (aux pp. 217 et 218) [TRADUCTION] «des valves et pièces accessoires qui tombent dans la catégorie des régulateurs de pression dont il est question dans l'arrêt *Consumers' Gas*³».

Le secrétaire provincial a interjeté appel de ce jugement à la Division d'appel et un appel incident visait à faire éliminer l'exception faite par le juge Barry.

Comme je l'ai déjà dit, la Division d'appel a accueilli l'appel principal et rétabli la décision du Ministre. Le juge Limerick qui en a rendu l'opinion unanime a remarqué que le Ministre n'avait

³ *sub nom. Consumers' Gas c. Le sous-ministre du Revenu national*, [1976] 2 R.C.S. 640.

that the Minister had never issued a definition of the machinery and apparatus exempted from tax under para. (o), and said (at pp. 133-134):

The wording of the clause 11(o) was modeled after Schedule III of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1952, c-100 as amended by R.S.C. 1952, Vol. 5 supplement c-320, but the provision in the *Excise Tax Act* omitted the final words of section 11(o) "for sale or use".

In *Michelin Tires Manufacturing (Canada) Ltd.* (1976), 15 N.S.R. (2d) 150; 14 A.P.R. 150, Cooper J.A. fully set out the origin and history of the Nova Scotia legislation which was, at the applicable time of that case, identical with the above wording of the *Excise Tax Act*. The Minister in Nova Scotia, immediately following the legislation in that province, formally and legally defined machinery and apparatus on July 3, 1963. The question in that case was entirely different than in the case before this court. In "*Michelin*" a subsequent minister purposed to redefine "machinery and apparatus" and the Court held the redefinition *ultra vires* the Minister and the original definition effective because the Minister purported to limit the generic class set out in the legislation.

There are a number of possible situations which can be created by taxing acts which delegate some power to a Minister of the Crown.

1. The act may impose a tax and create the exemption and delegate a power to make administrative decisions to the Minister as in *Carling Export Brewing and Malting Company Limited and the King*, [1931] A.C. 435.
2. The Act may delegate to the Minister specifically the power to impose a tax or create an exemption as in *Dominion Press Limited and Minister of Customs and Excise*, [1928] A.C. 340.

The provisions of ss. 11(o) fall somewhere between the two above situations. The Act imposes the tax, and, creates an exemption on a generic classification of goods, but delegates to the minister the power to determine by definition the specific machinery and apparatus, included in the generic class, which are exempt from taxation. Just as there were no exemptions allowed in the *Dominion Press* case because the goods involved were not shown to fall within the regulations made by the Minister, so in this case, the machinery and apparatus for which the exemption is claimed cannot be shown to have been defined or specifically particularized by the Minister and it is only such items, which come

jamais édicté de définition des machines et appareils exonérés de la taxe en vertu de l'al. o) et a dit, (aux pp. 133 et 134):

[TRADUCTION] Le texte de l'al. 11o) a été modelé sur l'Annexe III de la *Loi sur la taxe d'accise*, S.R.C. 1952, chap. 100, modifiée par S.R.C. 1952, vol. 5, supplément chap. 320, mais la disposition dans la *Loi sur la taxe d'accise* omet les derniers mots de l'al. 11o) «destinées à la vente ou à l'usage».

Dans *Michelin Tires Manufacturing (Canada) Ltd.* (1976), 15 N.S.R. (2d) 150; 14 A.P.R. 150, le juge Cooper de la Cour d'appel a fait un exposé complet de l'origine et de l'historique de la loi de la Nouvelle-Écosse qui, à l'époque, était identique au texte précité de la *Loi sur la taxe d'accise*. Immédiatement après l'adoption de la loi dans cette province le Ministre de la Nouvelle-Écosse a formellement et légalement défini, le 3 juillet 1963, les machines et appareils visés. La question dans cette affaire était tout à fait différente de celle qui nous est soumise en l'espèce. Dans «*Michelin*» un ministre nommé par la suite a voulu donner une nouvelle définition des «machines et appareils» et la Cour a jugé que la nouvelle définition était *ultra vires* des pouvoirs du Ministre et que la première définition était valide parce que le Ministre avait voulu restreindre la catégorie générale énoncée dans la loi.

Les lois fiscales qui délèguent certains pouvoirs à un ministre de Sa Majesté peuvent créer plusieurs situations.

1. La loi peut imposer une taxe, créer l'exonération et délèguer au Ministre le pouvoir de rendre des décisions administratives comme dans *Carling Export Brewing and Malting Company Limited and the King*, [1931] A.C. 435.
2. La Loi peut délèguer spécifiquement au Ministre le pouvoir d'imposer une taxe ou de créer une exonération comme dans *Dominion Press Limited and Minister of Customs and Excise*, [1928] A.C. 340.

Les dispositions de l'al. 11o) se trouvent à peu près entre ces deux situations. La Loi impose la taxe et crée une exonération pour une catégorie générale de marchandises, mais délègue au Ministre le pouvoir de déterminer par définition les machines et appareils particuliers, compris dans la catégorie générale, qui sont exonérés de la taxe. Tout comme dans l'arrêt *Dominion Press* où aucune exonération n'a été accordée parce que l'on n'avait pas démontré que les marchandises en question étaient visées par le règlement établi par le Ministre, on ne peut, en l'espèce, démontrer que les machines et appareils pour lesquels une exonération est réclamée ont été définis ou spécifiquement identifiés par le Minis-

within the generic class that are specifically defined or particularized by the Minister, which are exempt. The Act contemplates that such a definition would be formulated by the Minister shortly after the Act should come into effect.

The omission of the Minister to define the particular class of machinery to be exempt from tax, his failure to refer to that omission as the reason for upholding the assessments and his references to considerations not in the contemplation of the statute do not affect the legal application of clause 11(o). There can be no exemption thereunder until the Minister defines the specific machinery and apparatus to be exempt from taxation.

Had I concluded that clause 11(o) created an exemption from taxation, without the Minister defining the machinery and apparatus to be exempt, I would have dismissed the appeal as I consider the items involved in this appeal would have been exempt from taxation.

I will first point out that in the *Michelin Tires* case the legal situation was quite different. In Nova Scotia the Minister had issued a definition which referred to the goods "ruled as exempt" under the federal *Excise Tax Act* by the Department of National Revenue. In 1963, the federal exemption was repealed by Parliament and, in that situation, a new definition was issued referring to the goods "which have been ruled as exempt . . . as of June 12, 1963". No question appears to have been raised concerning the validity of that definition and what was in issue was a recent new definition which was held *ultra vires* by the Nova Scotia Court of Appeal.

In New Brunswick the situation is different. No definition of the goods exempt under para. (o) was ever issued by the Minister since the *Act* was originally adopted in 1950 (S.N.B. c. 17). It is apparent from the decisions of the Tax Commissioner and of the Minister in the instant case, that the claim of exemption was dealt with as if the only requirement was that the machinery and apparatus "be used directly in the process of manufacture or production of goods for sale or use". The only item which counsel for the respondent claimed to have been excluded by a definition is the transformers. The record, however, does not

tre et seules sont exonérées les marchandises qui entrent dans la catégorie générale et sont spécifiquement définies ou identifiées par le Ministre. La *Loi* envisage que le Ministre formulera une telle définition peu après son entrée en vigueur.

L'omission du Ministre de définir la catégorie particulière de machines qui doit être exonérée de la taxe, son défaut de mentionner que c'est en raison de cette omission qu'il a confirmé les cotisations et la mention de considérations non envisagées par la loi ne changent rien à l'effet juridique de l'al. 11o). Il ne peut y avoir d'exonération en vertu de cet alinéa avant que le Ministre ne définisse les machines et appareils particuliers qui doivent être exonérés de la taxe.

Si j'avais conclu que l'al. 11o) créait une exonération de la taxe, sans que le Ministre ne définisse les machines et appareils qui doivent être exonérés, j'aurais rejeté l'appel puisque je suis d'avis que les marchandises en question dans cet appel auraient été exonérées de la taxe.

Je soulignerai d'abord que dans l'arrêt *Michelin Tires* la situation juridique était tout à fait différente. En Nouvelle-Écosse le Ministre avait édicté une définition qui faisait mention des marchandises [TRADUCTION] «exonérées» en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise* fédérale par le ministère du Revenu national. En 1963, le Parlement a abrogé l'exonération fédérale et une nouvelle définition a alors été édictée mentionnant les marchandises [TRADUCTION] «qui, en date du 12 juin 1963, avaient été déclarées exemptes . . .». La validité de cette définition ne paraît pas avoir été discutée et le litige portait sur une nouvelle définition, plus récente, que la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a jugée *ultra vires*.

Au Nouveau-Brunswick la situation est différente. Depuis l'adoption de la loi initiale en 1950 (S.N.B. chap. 17) le Ministre n'a jamais édicté de définition des marchandises exonérées en vertu de l'al. o). Les décisions du commissaire de l'impôt et du Ministre, en l'espèce, font voir que la demande d'exonération a été examinée comme si la seule exigence était que les machines et appareils «doivent servir directement à la fabrication ou à la production de marchandises destinées à la vente ou à l'usage». Les transformateurs sont les seules marchandises que l'avocat de l'intimée prétend avoir été exclues par une définition. Cependant, le

disclose any such definition, all I can find is the following statement in the Minister's decision:

In the case at hand it is my understanding that there has not been a minister charged with the administration of the Social Services & Education Tax Act who has defined the production, transmission or distribution of electricity as being exempt under Section 11(o) of the Act. The exemption in this area has been restricted solely to the New Brunswick Electric Power Commission and not extended beyond this point. In fact the legislation provides a special exemption to the New Brunswick Electric Power Commission on this subject.

This is clearly not a definition, it is nothing more than an interpretation of the *Act* with which the trial judge rightly disagreed.

The question therefore is whether, in the absence of a ministerial definition, the exemption avails for all machinery and apparatus coming within the class specified in para. (o). It is obvious that this class of goods is sufficiently described to be ascertainable without a definition. It is not the kind of indefinite expression which requires a definition in order to make sense. The defining power is by no means indispensable for proper application. In fact, it has not been included in the re-enacted federal *Excise Tax Act* exemption (Schedule III, Part XIII, para. 1(a) (S.C. 1973-74, c. 12, s. 25)).

Before coming to the conclusion that "There can be no exemption . . . until the Minister defines the specific machinery and apparatus to be exempt from taxation", Limerick J.A. mentioned two Privy Council cases. In *Carling Export*⁴ the Crown was claiming gallonage tax on beer which had been mostly exported to the United States at a time when prohibition was in force in that country. The exempting provision in the *Special War Revenue Act, 1915* read:

. . . Provided that such excise tax shall not be payable when such goods are manufactured for export, under

⁴ *sub nom. Carling Export Brewing and Malting Company Limited v. The King*, [1931] A.C. 435.

dossier ne révèle aucune définition du genre et tout ce que je peux trouver est la déclaration suivante dans la décision du Ministre:

[TRADUCTION] En l'espèce, si je comprends bien, aucun ministre responsable de l'administration de la Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation n'a déterminé par une définition que la production, la transmission ou la distribution de l'électricité sont exonérées en vertu de l'al. 11o) de la loi. L'exonération dans ce domaine a été restreinte à la Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick et ne va pas plus loin. En fait la loi prévoit une exonération spéciale pour la Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick à ce sujet.

Cela n'est évidemment pas une définition, ce n'est rien de plus qu'une interprétation de la *Loi* que le juge de première instance a rejetée à bon droit.

La question est donc de savoir si, en l'absence d'une définition ministérielle, l'exonération s'applique à toutes les machines et à tous les appareils qui entrent dans la catégorie spécifiée à l'al. o). Il est évident que cette catégorie de marchandises est suffisamment décrite pour être identifiable sans définition. Ce n'est pas le genre de formulation imprécise qui nécessite une définition pour être intelligible. Le pouvoir de définir n'est pas du tout indispensable à la bonne administration de la Loi. De fait il n'a pas été inclus dans le rétablissement de l'exonération fédérale par la *Loi sur la taxe d'accise* (Annexe III, Partie XIII, par. 1a) (S.C. 1973-74, chap. 12, art. 25).

Avant de parvenir à la conclusion que [TRADUCTION] «il ne peut y avoir d'exonération . . . avant que le Ministre ne définisse les machines et appareils particuliers qui doivent être exonérés de la taxe», le juge Limerick a mentionné deux arrêts du Conseil privé. Dans *Carling Export*⁴ le fisc réclamait une taxe au gallon sur de la bière qui avait été en majeure partie exportée aux États-Unis à l'époque de la prohibition dans ce pays. La disposition créant l'exonération dans la *Loi spéciale sur les revenus de guerre, 1915*, prévoyait:

. . . Toutefois, cette taxe d'accise n'est pas exigée quand ces produits sont fabriqués pour l'exportation, aux

⁴ *sub nom. Carling Export Brewing and Malting Company Limited v. The King*, [1931] A.C. 435.

regulations prescribed by the Minister of Customs and Excise.

It was held that, although no regulations had been prescribed by the Minister under this provision, the brewery company was entitled to the benefit of the exemption. Lord Thankerton said (at pp. 438-439):

In their Lordships' opinion it is not to be readily assumed, in a taxing Act, that Parliament has delegated to a Minister the power to settle the limits of taxation, and such intention must be clearly shown by the terms of the statutory provision. A good example of such clear expression is to be found in the *Dominion Press* case, [1928] A.C. 340, which related to a statutory proviso that the taxes should not be payable "on goods exported or on sales of goods made to the order of each individual customer by a business which sells exclusively by retail under regulations by the Minister of Customs and Excise, who shall be the sole judge as to the classification of a business." It is obvious that no business could claim to be one of the class on which the benefit of exception was conferred unless and until the Minister had placed the business within the class. Their Lordships are unable to find any similar clear expression in the present case, . . .

In my view this reasoning applies *a fortiori* in the present case. Section 28 of the *Act*, already quoted, provides for an appeal to the court from the decision of the Minister on an assessment. If by issuing no definition, the result was, as the Appeal Division held, that the claim of exemption failed it would mean that by the simple expedient of not making use of the defining power, the Minister could make his decisions unassailable. It must also be considered that the power of issuing a definition is to be exercised in good faith and it would be usurpation of power for the Minister to suppress the exemption by issuing no definition. For those reasons, I must hold that the decision of the Court of Appeal cannot be supported.

Seeing that apart from the objection based on the absence of a ministerial definition, the Court of Appeal would have affirmed the judgment of the trial judge, I will deal very briefly with each of the four items on which he ruled.

termes des règlements prescrits par le Ministre des Douanes et de l'Accise.

Bien que le Ministre n'ait édicté aucun règlement en vertu de cette disposition, on a jugé que la brasserie pouvait bénéficier de l'exonération. Lord Thankerton a dit (aux pp. 438 et 439):

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries estiment qu'on ne doit pas supposer de prime abord que, dans une loi fiscale, le Parlement a délégué à un ministre le pouvoir de fixer la fourchette de l'imposition; une telle intention doit ressortir clairement des termes utilisés dans la législation. Nous trouvons un bon exemple d'une telle formulation claire dans l'arrêt *Dominion Press*, [1928] A.C. 340, qui concerne une disposition de la loi selon laquelle la taxe n'est pas exigée «sur des marchandises exportées ou sur les ventes de marchandises fabriquées à la demande de clients particuliers par une entreprise qui vend uniquement au détail conformément au règlement établi par le Ministre des Douanes et de l'Accise qui, seul, décidera de la classification de l'entreprise». Il est évident qu'aucune entreprise ne pourrait prétendre faire partie de la catégorie à laquelle le bénéfice d'exception a été accordé si le Ministre n'a pas déjà fait entrer l'entreprise dans cette catégorie. Leurs Seigneuries sont incapables de trouver de formulation claire semblable en l'espèce, . . .

A mon avis ce raisonnement s'applique *a fortiori* en l'espèce. L'article 28 précité de la *Loi* prévoit un appel à la cour de la décision du Ministre sur une cotisation. Si, en l'absence de définition, le résultat était, comme l'a jugé la Division d'appel, que la demande d'exonération doit être rejetée, cela signifierait que, simplement en s'abstenant de se servir de son pouvoir de définition, le Ministre pourrait rendre ses décisions inattaquables. Il faut également considérer que le pouvoir d'édicter une définition doit être exercé de bonne foi et le Ministre abuserait de son pouvoir s'il supprimait l'exonération en n'édictant aucune définition. Pour ces motifs, je dois conclure que la décision de la Cour d'appel ne peut tenir.

Considérant que n'eût été l'objection fondée sur l'absence de définition ministérielle la Cour d'appel aurait confirmé le jugement de première instance, je traiterai brièvement de chacune des quatre catégories de marchandises sur lesquelles il a rendu une décision.

As to the propane gas tanks, it is clear that they are used directly in the process of production for sale since it is at this point that odour is added, a step without which the product would not be fit for sale. As was pointed out in the *Michelin* case the statutory requirement of direct use is fulfilled irrespective of the percentage of use that may be ascribed to the process of manufacture as opposed to other processes such as storage and distribution.

Concerning the transformers, the basis on which the exemption was denied by the Minister was simply untenable in law. While it is proper to look at the various exemptions in considering each of them, they are nevertheless independent. The specific exemption allowed to the New Brunswick Electric Power Commission cannot create an inference to restrict the scope of other exemptions seeing that it reads:

(ff) goods purchased by the New Brunswick Electric Power Commission for direct use in producing electricity;

I might add that transformers are considered exempt from sales tax under the federal exemption previously mentioned. In the *Sales Tax Guide, Canada* (29th ed.), published by CCH Canadian Limited, I read at paragraph 62-520:

Power Plant.—Where electricity is used as the source of power, the exemption starts at the substation on the manufacturer's premises where he takes the power from the utility. Exemption is allowable on transformers for supplying power primarily to electrical devices used directly in the manufacture or production of goods. The exemption also applies to switch gear, capacitors, circuit breakers and the like used in conjunction with these transformers.

It should also be noted that, as mentioned by the trial judge, transformers were held exempt from the federal sales tax in *Quebec Hydro Electric Commission v. Deputy Minister of National Revenue*⁵.

⁵ [1970] S.C.R. 30.

Quant aux réservoirs de gaz propane, il est évident qu'ils sont utilisés directement dans la production pour la vente puisque c'est là que l'odeur est ajoutée, sans quoi le produit ne pourrait pas être vendu. Comme on l'a fait remarquer dans l'arrêt *Michelin*, l'exigence de la loi que la marchandise serve directement à la production est respectée, quelle que soit l'importance que l'on puisse attribuer à son utilisation dans la fabrication par opposition à d'autres processus tels l'emmagasinement et la distribution.

Pour ce qui est des transformateurs, le fondement du refus de l'exonération par le Ministre est tout simplement insoutenable en droit. Bien qu'il soit permis d'examiner les autres pour déterminer la portée de chacune des exonérations, elles sont néanmoins indépendantes les unes des autres. L'exonération particulière accordée à la Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick n'implique aucune restriction de la portée des autres exonérations puisqu'elle se lit:

(ff) les marchandises acquises par la Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick afin d'être utilisées directement à la production d'électricité;

Je pourrais ajouter que les transformateurs sont réputés exonérés de la taxe de vente en vertu de l'exonération fédérale susmentionnée. Dans *Sales Tax Guide, Canada* (29^e éd.), publié par CCH Canadienne Limitée, je lis au paragraphe 62-520:

[TRADUCTION] Centrale d'énergie électrique: Lorsque l'électricité est utilisée comme source d'énergie, l'exonération commence à la sous-station dans l'établissement du fabricant où il reçoit l'énergie du distributeur. L'exonération est accordée pour les transformateurs qui fournissent principalement l'énergie aux appareils électriques utilisés directement dans la fabrication ou la production de marchandises. L'exonération s'applique également aux dispositifs de commutation aux condensateurs, aux interrupteurs et autres appareils semblables utilisés conjointement avec ces transformateurs.

Il faut également remarquer, comme l'a mentionné le juge du procès, que l'arrêt *Commission hydroélectrique de Québec c. Le sous-ministre du Revenu national*⁵, a statué que les transformateurs n'étaient pas assujettis à la taxe de vente fédérale.

⁵ [1970] R.C.S. 30.

Concerning the mixers, it was admitted that identical appliances were exempt when installed at the site of the refinery proper. The fact that some are at another site is irrelevant when they fulfil the same function in respect of the crude oil that is pumped to the refinery through underground pipes. Machinery is no less used in the production of goods when a partial operation only is performed as long as such operation is part of the production process.

The same observation has to be made with respect to item "D" covering pipes, valves, fittings and other miscellaneous items used at the Mispéc location. These items are all used in the integrated process initiated at Mispéc and completed at the refinery proper. The trial judge felt that he was bound by the decision of this Court in the *Consumers' Gas* case (*supra*) to hold that any valves or ancillary equipment which fall within the category of pressure regulators have to be excluded from the exemption. With respect, it must be pointed out that this is an error. The reason for which the pressure regulators were denied the benefit of the federal exemption in the *Consumers' Gas* case was that they were not used in "the manufacture or production of goods" but in distribution. Such is not the case with respect to the regulators at Mispéc, they are used in the overall manufacturing process, the operation of the refinery, not the distribution of its products.

For those reasons, the appeal should be allowed, the judgment of the Appeal Division should be set aside and the judgment of Barry J. should be restored and varied by deleting therefrom the exception pertaining to valves and ancillary equipment which fall within the category of pressure regulators. The appellants are entitled to costs throughout including those of the cross-appeal to the Appeal Division.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: McKelvey, Macaulay, Machum, Saint John.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for New Brunswick, Saint John.

Relativement aux mélangeurs, il a été admis que des appareils identiques étaient exonérés lorsqu'ils étaient installés à la raffinerie elle-même. Le fait que certains sont situés à un autre endroit n'est pas pertinent lorsqu'ils servent à la même fin pour le pétrole brut transporté à la raffinerie par des tuyaux souterrains. Une machine n'est pas moins utilisée dans la production de marchandises parce qu'elle sert seulement à une opération partielle; il suffit que cette opération fasse partie du processus de production.

Il faut faire la même observation au sujet de la catégorie «D»: enveloppes de tuyaux, valves, accessoires et autres marchandises diverses utilisées à Mispéc. Toutes ces marchandises sont utilisées dans le même processus entamé à Mispéc et complété à la raffinerie. Le juge de première instance s'est cru lié par l'arrêt de cette Cour dans *Consumers' Gas* (précité), à conclure que toute valve ou tout équipement accessoire qui entre dans la catégorie des régulateurs de pression doit être exclu de l'exonération. Avec égards, il faut dire que c'est là une erreur. C'est parce qu'ils ne servaient pas à «la fabrication ou la production de marchandises», mais à la distribution, que les régulateurs de pression n'ont pas bénéficié de l'exonération fédérale selon l'arrêt *Consumers' Gas*. Tel n'est pas le cas des régulateurs à Mispéc, ils sont utilisés dans l'ensemble du processus de fabrication, l'exploitation de la raffinerie, et non dans la distribution des produits.

Pour ces motifs, je suis d'avis que le pourvoi doit être accueilli, l'arrêt de la Division d'appel doit être infirmé et le jugement du juge Barry rétabli et modifié en y retranchant l'exception relative aux valves et pièces accessoires qui tombent dans la catégorie des régulateurs de pression. Les appelantes ont droit aux dépens dans toutes les cours y compris ceux de l'appel incident à la Division d'appel.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelantes: McKelvey, Macaulay, Machum, Saint-Jean.

Procureur de l'intimé: Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Saint-Jean.

Frederick Steven Gushue *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1979: April 25; 1979: December 21.

Present: Laskin C.J. and Martland, Pigeon, Dickson, Estey, Pratte and McIntyre JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Issue estoppel — Acquittal of murder of robbery victim — Subsequent contradictory statement under oath — Conviction of robbery — Conviction for making contradictory statements in judicial proceedings — Criminal Code ss. 124, 302(c).

Appellant was acquitted on a charge of non-capital murder of the victim of a robbery. Some four years thereafter, appellant, while under investigation for other offences, made statements to the police that he had attempted to steal from the murdered person and had shot him when he resisted. Appellant was then charged with robbery and with perjury in denying under oath at the murder trial that he had shot the victim. He pleaded guilty to both charges but was discharged on the latter, the Provincial Judge holding that the Crown could not relitigate the shooting in view of the acquittal of murder. The Crown some six months later preferred an indictment for perjury (contrary to s. 121) and for making contradictory statements in judicial proceedings (contrary to s. 124). The main question in this appeal was whether appellant might invoke issue estoppel in respect of the two charges of which he was convicted, the s. 124 conviction and the robbery conviction.

Held: The appeals should be dismissed.

Issue estoppel is part of the criminal law of Canada. The question before the Court is not therefore whether issue estoppel is recognized but whether it has any application to the convictions here on the relevant facts. The gist of the charge under s. 124 is making the contradictory statement with intent to mislead the Court at the murder trial. Appellant is not placed in double jeopardy because he cannot be retried for murder and it is enough for him to rely in that respect on *autrefois acquit*. It was his subsequent admission under oath that he lied at the trial that added a new element and gave

Frederick Steven Gushue *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1979: 25 avril; 1979: 21 décembre.

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

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

Droit criminel — Chose jugée comme fin de non-recevoir — Acquiescement quant au meurtre de la victime du vol qualifié — Déclaration contradictoire sous serment — Condamnation pour vol qualifié — Condamnation pour déclarations contradictoires dans des procédures judiciaires — Code criminel, art. 124, 302c).

L'appellant a été acquitté du meurtre non qualifié de la victime d'un vol qualifié. Quelque quatre ans plus tard, alors qu'il faisait l'objet d'une enquête pour d'autres infractions, l'appellant a déclaré à la police qu'il avait tenté de voler la victime et l'avait abattue quand elle avait résisté. Il a alors été accusé de vol qualifié et de parjure pour avoir nié sous serment, au procès pour meurtre, avoir abattu la victime. Il a plaidé coupable sur les deux accusations mais a été acquitté sur la dernière, le juge de la cour provinciale décidant que le ministère public ne pouvait remettre en litige la fusillade vu l'acquiescement sur l'accusation de meurtre. Quelque six mois plus tard, le ministère public a présenté un acte d'accusation privilégié imputant parjure (contrairement à l'art. 121) et déclarations contradictoires dans des procédures judiciaires (contrairement à l'art. 124). La principale question soulevée dans ce pourvoi est de savoir si l'appellant peut invoquer la chose jugée comme fin de non-recevoir relativement aux deux accusations dont il a été déclaré coupable, l'accusation relative à l'art. 124 et celle de vol qualifié.

Arrêt: Les pourvois doivent être rejetés.

La fin de non-recevoir fait partie du droit criminel canadien. La question que la Cour doit trancher n'est donc pas de savoir si la fin de non-recevoir est admise, mais si ce moyen s'applique aux déclarations de culpabilité en espèce sur les faits pertinents. L'accusation portée en vertu de l'art. 124 est centrée sur les déclarations contradictoires faites dans l'intention de tromper la Cour au procès pour meurtre. L'appellant n'est pas devant un double péril parce qu'il ne peut être jugé à nouveau pour meurtre et il lui suffit, à cette fin, d'invoquer la défense d'autrefois acquit. C'est son aveu subsé-

rise to a situation outside the ambit of the trial for murder. While it was contended that the fact of the later contrary admission could not give rise to a contradiction of a jury verdict, which must be regarded as conclusively true, and therefore that the later admission could not be "an intent to mislead the Court" there is here a question of policy. Unless it can be said that the subsequent prosecution is an attempt by the Crown to retry the accused, the preferable policy is to exclude issue estoppel especially where the contradictory statements consist of admissions of the accused himself. The charge of robbery and the conviction thereon raise related but also different considerations. Reliance on issue estoppel should not be foreclosed simply because appellant pleaded guilty. Robbery is not however an included offence on a charge of murder and appellant was not put in jeopardy of a conviction of robbery when he was tried for murder. The point argued here was that, on any view of the facts, the killer and robber were one and the same person and since appellant was acquitted of the killing he could not be guilty of the robbery. The trial judge's charge however left to the jury not only whether the appellant himself killed while intending to rob but also whether he was associated with another in a common intention to rob and whether in that connection the other person did the killing in a situation that appellant knew or should have known that the killing would be a probable consequence of the robbery. It does not follow that appellant's acquittal of murder necessarily meant that he was not a party to the robbery. The possibility or even the probability that the jury found in appellant's favour is not enough. A finding on the relevant issue must be the only rational explanation of the jury.

Kienapple v. The Queen, [1975] S.C.R. 729; *McDonald v. The Queen*, [1960] S.C.R. 186; *Wright, McDermott and Feely v. The Queen*, [1963] S.C.R. 539; *Sambasivam v. Public Prosecutor, Federation of Malaya*, [1950] A.C. 458; *D.P.P. v. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497; *Connelly v. D.P.P.*, [1964] 2 All E.R. 401, applied; *Sealfon v. United States* (1948), 332 U.S. 575; *Mraz v. The Queen (No. 2)* (1956), 96 C.L.R. 62, referred to.

APPEALS from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ dismissing appeals from con-

¹ (1976), 14 O.R. (2d) 620, 35 C.R.N.S. 304, 32 C.C.C. (2d) 189, 74 D.L.R. (3d) 373.

quent sous serment, qu'il a menti au procès, qui apporte un nouvel élément et fait naître une situation extérieure au procès pour meurtre. Bien qu'on ait soutenu que l'aveu subséquent ne peut soulever de contradiction avec un verdict de jury, qui doit être considéré comme définitif, et qu'en conséquence il ne pouvait y avoir «d'intention de tromper la Cour», il y a ici une question de principe. Sauf si l'on peut dire que par la poursuite subséquente, le ministère public tente de juger à nouveau l'accusé, le meilleur principe consiste à écarter la fin de non-recevoir, en particulier lorsque les déclarations contradictoires sont des aveux de l'accusé lui-même. L'accusation de vol qualifié et la déclaration de culpabilité sur ce chef soulèvent des questions connexes mais pourtant différentes. Le recours à la fin de non-recevoir ne doit pas être rejeté simplement parce que l'appellant a plaidé coupable. Le vol qualifié n'est cependant pas une infraction incluse dans une accusation de meurtre et l'appellant n'a pas été en péril d'en être déclaré coupable à son procès pour meurtre. Quelle que soit l'interprétation des faits, on a fait valoir ici que le meurtrier et le voleur sont une seule et même personne et que, puisque l'appellant a été acquitté du meurtre, il ne pouvait être coupable de vol qualifié. Cependant, le juge du procès a non seulement soumis au jury la question de savoir si l'appellant avait lui-même tué en voulant voler, mais aussi s'il s'était associé avec un autre dans l'intention commune de voler et si, ce faisant, l'autre avait tué alors que l'appellant savait ou aurait dû savoir que le meurtre serait une conséquence probable du vol qualifié. Il ne s'ensuit pas que l'acquiescement de l'appellant sur l'accusation de meurtre signifie nécessairement qu'il n'était pas partie au vol qualifié. La possibilité ou même la probabilité que le jury ait conclu en faveur de l'appellant ne suffit pas. Une conclusion sur le point pertinent doit être la seule explication rationnelle du jury.

Jurisprudence: *Kienapple c. La Reine*, [1975] R.C.S. 729; *McDonald c. La Reine*, [1960] R.C.S. 186; *Wright, McDermott et Feeley c. La Reine*, [1963] R.C.S. 539; *Sambasivam v. Public Prosecutor, Federation of Malaya*, [1950] A.C. 458; *D.P.P. v. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497; *Connelly v. D.P.P.*, [1964] 2 All E.R. 401, arrêts suivis; *Sealfon v. United States* (1948), 332 U.S. 575; *Mraz v. The Queen (No. 2)* (1956), 96 C.L.R. 62.

POURVOIS à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ qui a rejeté les appels sur des

¹ (1976), 14 O.R. (2d) 620, 35 C.R.N.S. 304, 32 C.C.C. (2d) 189, 74 D.L.R. (3d) 473.

victions under ss. 124 and 302(c) of the *Criminal Code*. Appeals dismissed.

Claude Thomson, Q.C., and Gavin MacKenzie, for the appellant.

Edward Then and Miss Michael A. MacDonald, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The main question in this appeal, which is here by leave of this Court, is whether the appellant may invoke issue estoppel in respect of two charges of which he was convicted, namely, giving contradictory evidence in different judicial proceedings, contrary to s. 124 of the *Criminal Code*, and robbery, contrary to s. 302(c) of the *Criminal Code*. These charges and the convictions thereon followed his acquittal on a charge of non-capital murder of the victim of the robbery, one Morris Mayzel.

The appellant gave evidence at his trial for murder and, being asked directly “Did you shoot Morris Mayzel?”, he answered, “No, I did not”. The appellant was associated in a robbery scheme with one Edward McDonald who testified for the Crown. Gushue’s evidence was that he did not enter the victim’s tailor shop but rather that he withdrew from the scheme and that it was McDonald who entered the tailor shop alone. McDonald testified that it was he who withdrew and that Gushue had entered the tailor shop where the proprietor was shot and killed. I am not concerned here to elaborate on the evidence given at the trial for murder. I add merely that there was evidence that after the killing, Gushue sold a revolver which, according to expert evidence, was the murder weapon. Gushue maintained that he got it from McDonald after the killing of Mayzel.

About four years after his acquittal, the appellant accused, while under investigation for other offences, made statements to the police that he had attempted to steal from Mayzel and had shot

déclarations de culpabilité en vertu de l’art. 124 et de l’al. 302c) du *Code criminel*. Pourvois rejetés.

Claude Thomson, c.r., et Gavin MacKenzie, pour l’appellant.

Edward Then et M^{lle} Michael A. MacDonald, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—La principale question soulevée dans le présent pourvoi, interjeté avec l’autorisation de cette Cour, est de savoir si l’appellant peut invoquer la chose jugée comme fin de non-recevoir relativement à deux accusations dont il a été déclaré coupable, savoir, témoignages contradictoires dans des procédures judiciaires différentes, contrairement à l’art. 124 du *Code criminel*, et vol qualifié, contrairement à l’al. 302c) du *Code criminel*. Ces accusations et les déclarations de culpabilité y afférentes sont postérieures à son acquittement sur l’accusation de meurtre non qualifié de la victime du vol, un nommé Morris Mayzel.

L’appellant a témoigné à son procès pour meurtre et, lorsqu’on lui a demandé directement «Avez-vous tiré sur Morris Mayzel?», il a répondu «Non, je ne l’ai pas fait». L’appellant s’était associé à un projet de vol qualifié avec un nommé Edward McDonald, un témoin à charge. Gushue a témoigné qu’il n’était pas entré dans la boutique de tailleur de la victime mais qu’au contraire il avait renoncé au projet et que c’est McDonald qui y a pénétré seul. McDonald a témoigné que c’est lui qui avait renoncé au projet et que Gushue avait pénétré dans la boutique de tailleur où le propriétaire a été abattu. Je ne me préoccupe pas ici d’entrer dans les détails de la preuve produite au procès pour meurtre. J’ajoute simplement qu’il a été prouvé qu’après le meurtre, Gushue a vendu un revolver qui, selon les témoins-experts, était l’arme du meurtre. Gushue a soutenu qu’il l’avait reçu de McDonald après le meurtre de Mayzel.

Quelque quatre ans après son acquittement, alors qu’il faisait l’objet d’une enquête pour d’autres infractions, l’accusé appellant a déclaré à la police qu’il avait tenté de voler Mayzel et l’avait

him when he resisted. A few months later Gushue pleaded guilty to a charge of robbery of Mayzel. At the same time he was charged with perjury in denying under oath at the murder trial that he had shot Mayzel. He pleaded guilty to that charge as well, but the Provincial Judge after hearing the facts, ordered that a plea of not guilty be entered and proceeded to hold a preliminary inquiry at which Gushue testified on a *voir dire* as to the admissibility of his statements to the police. When asked about the statements, he said that the statements that he had shot Mayzel were true. The Provincial Judge nonetheless discharged Gushue, holding that the Crown could not relitigate the issue of the shooting in view of the acquittal of murder.

Six months later the Crown applied for and obtained the consent of a County Court Judge to prefer an indictment against Gushue for perjury, contrary to s. 121 of the *Criminal Code* and for making contradictory statements in judicial proceedings contrary to s. 124. The perjury charge was based on the accused's evidence at the murder trial that he did not shoot Mayzel. The charge of making contradictory statements in judicial proceedings was based on Gushue's denial at his murder trial that he had shot Mayzel and his assertion on the *voir dire* at the subsequent preliminary inquiry on the charge of perjury that his statements to the police that he shot Mayzel were true.

At his trial on these charges before Graburn County Court Judge and a jury, the judge directed the jury to acquit the accused of perjury because, in view of the finding of the jury on the trial for murder, a second jury would have to make a contrary finding and it was precluded from doing so. The accused was, however, found guilty of the charge under s. 124.

Appeals were launched by the Crown against the acquittal of perjury and by the accused against his convictions of robbery on his plea of guilty and against his conviction of the charge under s. 124. Martin J.A., who spoke for a five-judge Court of

abattu quand ce dernier avait résisté. Quelques mois plus tard Gushue a plaidé coupable sur l'accusation de ce vol qualifié. Simultanément, il a été accusé de parjure pour avoir nié sous serment, au procès pour meurtre, avoir abattu Mayzel. Il a également plaidé coupable sur cette accusation, mais le juge de la cour provinciale, après avoir pris connaissance des faits, a ordonné qu'un plaidoyer de non-culpabilité soit enregistré et a tenu une enquête préliminaire où Gushue a témoigné au cours d'un voir dire sur l'admissibilité de ses déclarations à la police. Quand on l'a interrogé à ce sujet, il a répondu que les déclarations portant qu'il avait abattu Mayzel étaient vraies. Le juge a néanmoins libéré Gushue, décidant que le ministère public ne pouvait remettre en litige la question de la fusillade vu l'acquiescement sur l'accusation de meurtre.

Six mois plus tard, à la demande du ministère public, un juge de la cour de comté a autorisé la présentation d'un acte d'accusation privilégié contre Gushue imputant parjure, contrairement à l'art. 121 du *Code criminel*, et déclarations contradictoires dans des procédures judiciaires, contrairement à l'art. 124. L'accusation de parjure se fondait sur le témoignage de l'accusé au procès pour meurtre portant qu'il n'avait pas abattu Mayzel. L'accusation d'avoir fait des déclarations contradictoires dans des procédures judiciaires se fondait sur ce qu'au procès pour meurtre, Gushue avait nié avoir abattu Mayzel et qu'au voir dire à l'enquête préliminaire subséquente sur l'accusation de parjure, il avait reconnu que ses déclarations à la police portant qu'il avait abattu Mayzel étaient vraies.

A son procès sur ces accusations devant le juge Graburn de la Cour de comté et un jury, le juge a ordonné au jury de l'acquiescer sur l'accusation de parjure parce que, vu la conclusion du jury au procès pour meurtre, un second jury aurait à conclure de façon contraire, ce qui ne lui était pas permis. L'accusé a cependant été déclaré coupable sur l'accusation portée en vertu de l'art. 124.

Le ministère public a interjeté appel de l'acquiescement de parjure et l'accusé des déclarations de culpabilité sur son plaidoyer de culpabilité de vol qualifié et sur l'accusation portée en vertu de l'art. 124. Le juge Martin, au nom de la Cour d'appel

Appeal, affirmed the convictions of the accused; and, although of the opinion on the Crown's appeal that the prior acquittal of murder did not preclude conviction of perjury at that trial, and that a new trial would therefore be in order, he concluded that in view of the conviction under s. 124, a conviction of perjury would be contrary to the principle laid down by this Court in *Kienapple v. The Queen*². The appeal from the acquittal of perjury was thereupon dismissed and that matter is not before this Court.

As to the two convictions which are here, and the assertion of the accused that they are properly met by issue estoppel, I think it desirable to say at the outset that issue estoppel is part of the criminal law of Canada, and I would affirm the position of this Court in the matter, as expressed in *McDonald v. The Queen*³ and *Wright, McDermott and Feeley v. The Queen*⁴. The Court accepted the statement of law of the availability of issue estoppel in criminal proceedings made by the Privy Council in *Sambasivam v. Public Prosecutor, Federation of Malaya*⁵.

There are thin but nonetheless discernible lines between issue estoppel and inconsistent verdicts and double jeopardy. I prefer to take *Sealfon v. United States*⁶ as involving a recognition of issue estoppel in the criminal law by the Supreme Court of the United States, rather than as resting merely on double jeopardy, that is on an attempt by the prosecution to re-try an accused of an offence of which he had previously been acquitted. So too, there is recognition of issue estoppel by the High Court of Australia in *Mraz v. The Queen (No. 2)*⁷, even though it may be urged that it rests on inconsistent verdicts. In so far as the House of Lords in the recent case of *Director of Public*

constituée de cinq juges, a confirmé les déclarations de culpabilité de l'accusé; et, quoique d'avis à l'égard de l'appel interjeté par le ministère public que l'acquiescement antérieur sur l'accusation de meurtre n'empêchait pas une déclaration de culpabilité pour parjure à ce procès-là et qu'en conséquence, il conviendrait de tenir un nouveau procès, il a conclu que, vu la déclaration de culpabilité sous l'art. 124, une condamnation pour parjure serait contraire aux principes énoncés par cette Cour dans *Kienapple c. La Reine*². L'appel de l'acquiescement de parjure a alors été rejeté et cette question n'est pas soumise à cette Cour.

Quant aux deux déclarations de culpabilité qui nous sont soumises et la prétention de l'accusé que la défense de fin de non-recevoir en dispose, je pense qu'il convient de dire tout d'abord que ce moyen de défense fait partie du droit criminel canadien. Je suis d'avis de confirmer la position de cette Cour sur le sujet telle qu'elle l'a énoncée dans les arrêts *McDonald c. La Reine*³ et *Wright, McDermott et Feeley c. La Reine*⁴. La Cour a accepté l'énoncé de droit fait par le Conseil privé dans *Sambasivam v. Public Prosecutor, Federation of Malaya*⁵ sur la possibilité d'invoquer cette fin de non-recevoir dans des procédures criminelles.

Il existe des distinctions ténues mais perceptibles entre la fin de non-recevoir, les verdicts incompatibles et le double péril. Je préfère considérer que l'arrêt *Sealfon v. United States*⁶ consacre la reconnaissance par la Cour suprême des États-Unis de cette fin de non-recevoir en droit américain et ne repose pas simplement sur la théorie du double péril, c'est-à-dire une tentative par la poursuite de faire juger à nouveau un accusé pour une infraction dont il a été antérieurement acquitté. Il y a également reconnaissance de la fin de non-recevoir par la Haute Cour d'Australie dans *Mraz v. The Queen (No. 2)*⁷, quoiqu'on puisse prétendre que cet arrêt repose sur des verdicts incompatibles. Dans

² [1975] S.C.R. 729.

³ [1960] S.C.R. 186.

⁴ [1963] S.C.R. 539.

⁵ [1950] A.C. 458.

⁶ (1948), 332 U.S. 575.

⁷ (1956), 96 C.L.R. 62.

² [1975] R.C.S. 729.

³ [1960] R.C.S. 186.

⁴ [1963] R.C.S. 539.

⁵ [1950] A.C. 458.

⁶ (1948), 332 U.S. 575.

⁷ (1956), 96 C.L.R. 62.

*Prosecutions v. Humphrys*⁸ denied that issue estoppel could be raised in criminal proceedings, it does not commend itself to me. I prefer, as compatible with the view taken by this Court, the *obiter* acceptance of issue estoppel in the earlier House of Lords' judgment in *Connelly v. Director of Public Prosecutions*⁹. I think it important to note, however, that on the assumed acceptance of issue estoppel in criminal proceedings, the House of Lords in the *Humphrys* case saw a prosecution for perjury as an exception on the policy ground that although an accused cannot be re-tried for an offence of which he has been acquitted, he is not to be permitted to escape the consequences of having testified falsely at his trial.

The question before this Court is, therefore, not whether issue estoppel is recognized in Canadian criminal law but whether, as in the *McDonald* case and in the *Wright, McDermott and Feeley* case, it has any application to the two convictions of the accused in this case on the relevant facts. There is always, of course, an initial difficulty in giving effect to a plea of issue estoppel where it is directed to the verdict of a jury which consists either of a bare finding of guilty or one of not guilty. How can it be ascertained on what issue or issues the finding rested for the purpose of foreclosing a relitigation of that issue or those issues in a subsequent criminal prosecution?

Counsel for the accused conceded that there cannot be any scrutiny of the evidence to determine what issues were before the jury. A surer guide may be found in the charge of the trial judge. There were, however, several issues left to the jury and not only the issue whether Gushue alone shot Mayzel in the course of a robbery. Martin J.A., in the Court of Appeal, gave the following summary of the charge:

The judge who presided over the trial of Gushue for the murder of Mayzel instructed the jury that if Gushue fired the shot which killed Mayzel while committing the

la mesure où la Chambre des lords a nié dans l'arrêt récent *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*⁸ que la fin de non-recevoir puisse être soulevée dans des procédures criminelles, je ne peux la suivre. Parce qu'elle est compatible avec l'opinion de cette Cour, je préfère l'acceptation de ce moyen en *obiter* dans un arrêt antérieur de la Chambre des lords, *Connelly v. Director of Public Prosecutions*⁹. Je crois qu'il importe de noter cependant que sur l'acceptation présumée de la fin de non-recevoir dans des procédures criminelles, la Chambre des lords, dans l'arrêt *Humphrys*, a considéré qu'une poursuite pour parjure constituait une exception, vu le principe que bien qu'un accusé ne puisse être jugé à nouveau pour une infraction dont il a été acquitté, on ne doit pas lui permettre de se soustraire aux conséquences de son faux témoignage au procès.

La question que cette Cour doit trancher n'est donc pas de savoir si la fin de non-recevoir est admise en droit criminel canadien, mais si, comme dans les arrêts *McDonald* et *Wright, McDermott et Feeley*, ce moyen s'applique aux deux déclarations de culpabilité de l'accusé en l'espèce devant les faits pertinents. Evidemment, il y a toujours une difficulté initiale à accueillir une défense de fin de non-recevoir lorsqu'elle vise le verdict d'un jury qui consiste en une simple déclaration de culpabilité ou de non-culpabilité. Comment peut-on s'assurer de la question ou des questions sur lesquelles porte la conclusion pour empêcher qu'elles ne soient remises en cause dans une poursuite criminelle subséquente?

L'avocat de l'accusé a reconnu que l'on ne peut scruter la preuve pour déterminer quelles questions ont été soumises au jury. L'exposé du juge du procès au jury peut constituer un guide plus sûr. Plusieurs questions cependant ont été soumises au jury, et non la seule question de savoir si Gushue seul a abattu Mayzel pendant le vol qualifié. Le juge Martin, en Cour d'appel, a résumé ainsi l'exposé au jury:

[TRADUCTION] Le juge qui a présidé le procès de Gushue pour le meurtre de Mayzel a exposé au jury que si Gushue a tiré le coup qui a tué Mayzel en commettant

⁸ [1976] 2 All E.R. 497.

⁹ [1964] 2 All E.R. 401.

⁸ [1976] 2 All E.R. 497.

⁹ [1964] 2 All E.R. 401.

offence of robbery, he was guilty of murder or, alternatively, he was guilty of murder if he and McDonald formed a common intention to rob Mayzel and to assist each other in the robbery, and in carrying out the common intention McDonald killed Mayzel and Gushue knew or ought to have known that the killing of Mayzel would be a probable consequence of the carrying out or attempting to carry out the proposed robbery. I observe that this latter direction was more favourable to Gushue than the direction to which by law he was entitled, as it was not necessary in the circumstances in order to find him guilty of murder that the jury should find that he knew or ought to have known that the killing of Mayzel was a probable consequence of carrying out the common purpose to rob him.

If the jury followed the instruction which they were given by the trial judge (as I think we must assume they did), they may have acquitted Gushue either because:

- (a) they found that he had withdrawn from the plan to rob Mayzel, or entertained a reasonable doubt on the question, or
- (b) although they were satisfied that Gushue was a party to the robbery, they entertained a reasonable doubt whether McDonald rather than Gushue, killed Mayzel, and whether Gushue knew or ought to have known that the killing of Mayzel by McDonald was a probable consequence of the common intention to commit robbery.

I draw particular attention to the misdirection in favour of the accused, imposing as it did a larger burden on the Crown than was warranted in law. Counsel for the accused invoked the *Mraz* case, *supra*, and especially the judgment of Chief Justice Dixon, at p. 68, where that learned judge said the following:

... It is nothing to the point that the verdict may have been the result of a misdirection of the judge and that owing to the misdirection the jury may have found the verdict without understanding or intending what as a matter of law is its necessary meaning or its legal consequences. The law which gives effect to issue estoppels is not concerned with the correctness or incorrectness of the finding which amounts to an estoppel, still less with the processes of reasoning by which the finding was reached in fact; it does not matter that the finding may be thought to be due to the jury having been put upon the wrong track by some direction of the presiding judge or to the jury having got on the wrong track unaided. It is enough that an issue or issues have been distinctly raised and found. Once that is done, then, so

l'infraction de vol qualifié, il était coupable de meurtre; subsidiairement, il était coupable de meurtre si McDonald et lui avaient formé ensemble l'intention de voler Mayzel et de s'entraider pour commettre le vol qualifié, que dans la réalisation de l'intention commune, McDonald avait tué Mayzel et que Gushue savait ou devait savoir que le meurtre de Mayzel serait une conséquence probable de la réalisation ou de la tentative de réalisation du projet de vol qualifié. Je note que cette dernière directive était plus favorable à Gushue que celle dont il était fondé à bénéficier en droit, puisqu'il n'était pas nécessaire dans les circonstances, pour qu'il soit reconnu coupable de meurtre, que le jury décide qu'il savait ou aurait dû savoir que le meurtre de Mayzel était une conséquence probable de la réalisation de l'intention commune de le voler.

Si le jury a suivi les directives que le juge du procès lui a données (je suis d'avis que nous devons le présumer), il a acquitté Gushue soit parce que:

- a) il a conclu que ce dernier avait abandonné le projet de voler Mayzel, ou a nourri un doute raisonnable sur ce point, soit
- b) quoique convaincu que Gushue était partie au vol qualifié, il a nourri un doute raisonnable sur la question de savoir si c'était McDonald plutôt que Gushue qui avait tué Mayzel et si Gushue savait ou devait savoir que le meurtre de Mayzel par McDonald était une conséquence probable de l'intention commune de commettre un vol qualifié.

J'attire particulièrement l'attention sur la directive erronée qui favorise l'accusé et impose au ministère public un fardeau plus onéreux que ce qui est requis en droit. L'avocat de l'accusé a invoqué l'affaire *Mraz*, précitée, et particulièrement les motifs du juge en chef Dixon, dans lesquels le savant juge a dit à la p. 68:

[TRADUCTION] ... Il importe peu que le verdict ait pu résulter d'une directive erronée du juge et qu'en conséquence le jury ait pu rendre le verdict sans comprendre ou avoir en vue son sens nécessaire en droit ou ses conséquences juridiques. La règle de droit qui permet d'accepter la défense de fin de non-recevoir ne s'occupe pas de l'exactitude ou de l'inexactitude de la conclusion qui donne lieu à cette défense, et encore moins du raisonnement par lequel on y est en fait parvenu; il importe peu que l'on puisse penser que la conclusion soit imputable à une directive du juge du procès qui a orienté le jury sur une mauvaise voie, ou que ce dernier se soit fourvoyé tout seul. Il suffit qu'une ou plusieurs questions aient été distinctement soulevées et tranchées. Cela fait, tant que la conclusion demeure

long as the finding stands, if there be any subsequent litigation between the same parties, no allegations legally inconsistent with the finding may be made by one of them against the other. *Res judicata pro veritate accipitur* . . . And, as has already been said, this applies in pleas of the Crown.

It was the further contention of counsel for the accused that the acquittal of murder was a positive determination that Gushue did not kill Mayzel, that there was no evidence that Gushue was a party to a killing by McDonald and, consequently, it was wrong to leave it to a second jury on the charge under s. 124 to second guess the jury that acquitted him of murder. It was submitted that if this was allowed, it would mean that a collateral attack could be made on jury verdicts, that the policy of finality of jury verdicts which are not appealed would be circumvented and that the accused would lose the benefit of the presumption of innocence.

I do not think that these submissions are telling in favour of the application of issue estoppel in respect of the charge under s. 124. The gist of the charge under that provision is making the contradictory statement with intent to mislead the Court, that is at the murder trial. The accused is not placed in double jeopardy because he cannot be retried for murder; indeed, it is enough for him to rely on *autrefois acquit*. The surfacing of his subsequent admission under oath that he lied at the trial for murder adds a new element and gives rise to a situation outside of the ambit of the trial for murder. It was contended, however, that the logic of the situation is in favour of the accused, that the jury finding that the accused did not kill Mayzel must be regarded as conclusively true, and the fact of the later contrary admission cannot give rise to a contradiction and there could not, therefore, be an intent to mislead the Court.

Logical as this submission may appear to be, what we have to resolve here is a question of policy based on the premise that issue estoppel cannot be founded on false evidence where the falsity is disclosed by subsequent evidence not available at the trial from which issue estoppel is alleged to arise. In my view, unless it can be said that the

valable, dans tout litige subséquent entre les mêmes parties, celles-ci ne peuvent s'opposer mutuellement d'arguments juridiquement incompatibles avec la conclusion. *Res judicata pro veritate accipitur* . . . Et, comme on l'a déjà dit, cela s'applique aux plaidoyers du ministère public.

L'avocat de l'accusé a de plus prétendu que l'acquiescement sur l'accusation de meurtre déterminait catégoriquement que Gushue n'avait pas tué Mayzel, qu'il n'y avait aucune preuve que Gushue était partie au meurtre commis par McDonald, et qu'en conséquence il était erroné de permettre à un second jury, sur l'accusation portée en vertu de l'art. 124, de corriger rétrospectivement la décision du jury qui l'avait acquitté du meurtre. On a fait valoir que le permettre signifierait que les verdicts de jury pourraient être attaqués indirectement, que le principe du caractère définitif des verdicts dont il n'est pas interjeté appel serait contourné et que l'accusé perdrait le bénéfice de la présomption d'innocence.

Je ne pense pas que ces arguments soient concluants en faveur de l'application du moyen de fin de non-recevoir relativement à l'accusation portée en vertu de l'art. 124. Cette accusation est centrée sur les déclarations contradictoires faites dans l'intention de tromper la Cour, évidemment au procès pour meurtre. L'accusé n'est pas devant un double péril parce qu'il ne peut être jugé à nouveau pour meurtre; il lui suffit en fait d'invoquer la défense d'autrefois acquit. Son aveu subséquent sous serment qu'il a menti au procès pour meurtre apporte un nouvel élément et fait naître une situation extérieure au procès pour meurtre. On a soutenu, cependant, que la logique de la situation favorise l'accusé, que la conclusion du jury que l'accusé n'a pas tué Mayzel doit être considérée comme définitive, et que l'aveu subséquent ne peut soulever de contradiction et qu'en conséquence il ne pouvait y avoir d'intention de tromper la Cour.

Aussi logique que puisse paraître cet argument, ce que nous devons décider ici est une question de principe fondée sur la prémisse que la fin de non-recevoir ne peut s'appuyer sur un faux témoignage lorsque la fausseté en est révélée par une preuve subséquente non disponible au procès d'où ce moyen de défense est censé émaner. A mon avis,

subsequent prosecution is an attempt by the Crown to re-try the accused—and that is not the case here—the preferable policy is to exclude issue estoppel, especially when the contradictory statements on which the charge under s. 124 is founded consist of admissions of the accused himself.

In the result, I agree with Martin J.A. that the conviction of the accused under s. 124 should be affirmed.

The charge of robbery and the conviction thereon raise related but also different considerations. I would not in this case foreclose reliance on issue estoppel simply because the accused pleaded guilty to the charge of robbery. It must be noted, however, that robbery is not an included offence on a charge of murder (see s. 589(3) of the *Criminal Code*), and hence the accused, as Martin J.A. pointed out, was not put in jeopardy of a conviction of robbery when he was tried for murder. What was urged by counsel for the accused was that, on any view of the facts, the killer and robber of Mayzel were one and the same person, and since the accused was acquitted of the killing he could not be guilty of robbery. The accused's evidence that he did not enter the tailor shop must have been accepted by the jury, so it was contended, in order to acquit him of the killing and, correlatively, this excluded any possibility of his implication in the robbery.

However, the trial judge's charge to the jury left to them not only the issue whether the accused himself killed Mayzel while intending to rob him. He also left to them the issue whether he was associated with McDonald in a common intention to rob Mayzel and to assist each other in carrying it out and whether in that connection McDonald killed Mayzel and Gushue knew or ought to have known that the killing would be a probable consequence of carrying out or attempting to carry out the robbery. Accepting for present purposes that the misdirection on this point, to which I referred earlier, is no bar to issue estoppel, it does not follow that the accused's acquittal of murder, which could have been by reason of the misdirec-

sauf si l'on peut dire que par la poursuite subséquente, le ministère public tente de juger à nouveau l'accusé, et ce n'est pas le cas ici, le meilleur principe consiste à écarter la fin de non-recevoir, en particulier lorsque les déclarations contradictoires qui fondent l'accusation portée en vertu de l'art. 124 sont des aveux de l'accusé lui-même.

Ainsi, je partage l'avis du juge Martin que la déclaration de culpabilité de l'accusé en vertu de l'art. 124 doit être confirmée.

L'accusation de vol qualifié et la déclaration de culpabilité sur ce chef soulèvent des questions connexes mais pourtant différentes. Je ne rejetterais pas en l'espèce le recours à la fin de non-recevoir simplement parce que l'accusé a plaidé coupable sur l'accusation de vol qualifié. Il faut noter cependant que le vol qualifié n'est pas une infraction incluse dans une accusation de meurtre (voir le par. 589(3) du *Code criminel*) et qu'en conséquence l'accusé, comme l'a souligné le juge Martin, n'a pas été en péril d'en être déclaré coupable à son procès pour meurtre. L'avocat de l'accusé a fait valoir que, quelle que soit l'interprétation des faits, le meurtrier et le voleur de Mayzel sont une seule et même personne et que, puisque l'accusé a été acquitté du meurtre, il ne pouvait être coupable du vol qualifié. Pour l'acquitter du meurtre, a-t-on prétendu, le jury a dû accepter le témoignage de l'accusé qu'il n'avait pas pénétré dans la boutique de tailleur et, corrélativement, cela exclut toute possibilité qu'il ait été impliqué dans le vol qualifié.

Cependant, le juge du procès a non seulement soumis au jury la question de savoir si l'accusé avait lui-même tué Mayzel en voulant le voler, mais aussi s'il s'était associé avec McDonald dans l'intention commune de voler Mayzel et de s'entraider dans ce but, et si, ce faisant, McDonald avait tué Mayzel alors que Gushue savait ou aurait dû savoir que le meurtre serait une conséquence probable de la réalisation ou de la tentative de réalisation du projet de vol qualifié. Si l'on admet pour les fins de l'espèce que la directive erronée sur ce point, dont j'ai déjà parlé, ne constitue pas un obstacle à la fin de non-recevoir, il ne s'ensuit pas que l'acquittal de l'accusé sur l'accusation de meurtre, qui a pu en résulter, signifie nécessai-

tion, necessarily meant that he was not a party to the robbery.

I am of opinion that the question of issue estoppel in respect of the robbery conviction is put to rest by the following statement, which I adopt, in Friedland, *Double Jeopardy* (1969), at p. 134:

... The possibility or even the probability that the jury found in the accused's favour on a particular issue is not enough. A finding on the relevant issue must be the only rational explanation of the verdict of the jury.

The point has already been made that the accused could not have been convicted of robbery on his trial for murder. Moreover, it is not the same conduct that is involved in the charge of robbery as in the charge of murder under the alternative direction to the jury given by the trial judge. In the circumstances, I do not think it is correct to say that the accused was being subjected to a second prosecution for a different aspect of the same conduct which was necessarily involved in his trial for murder. I agree, therefore, with Martin J.A. that the contentions on behalf of the accused in respect of the robbery conviction fail.

In the result, the appeals are dismissed.

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellant: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

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

rement qu'il n'était pas partie au vol qualifié.

Je suis d'avis que la question de la fin de non-recevoir à l'égard de la déclaration de culpabilité pour vol qualifié est réglée par l'énoncé suivant, que j'adopte, Friedland, *Double Jeopardy* (1969), à la p. 134:

[TRADUCTION] ... La possibilité ou même la probabilité que le jury ait conclu en faveur de l'accusé sur un point particulier ne suffit pas. Une conclusion sur le point pertinent doit être la seule explication rationnelle du verdict du jury.

On a déjà souligné que l'accusé n'aurait pu être déclaré coupable de vol qualifié à son procès pour meurtre. De plus, ce n'est pas la même conduite qui est visée dans l'accusation de vol qualifié et dans celle de meurtre selon la directive subsidiaire que le juge du procès a donnée au jury. Dans les circonstances, je ne pense pas qu'il soit exact de dire que l'accusé a fait l'objet d'une seconde poursuite sur un aspect différent de la même conduite nécessairement visée dans son procès pour meurtre. Je partage donc l'avis du juge Martin que les arguments avancés au nom de l'accusé à l'égard de la déclaration de culpabilité pour vol qualifié échouent.

En conséquence, les pourvois sont rejetés.

Pourvois rejetés.

Procureurs de l'appelant: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Clifford Robert Olson *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1979: December 18; 1979: December 21.

Present: Martland, Pigeon, Dickson, Estey and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Criminal law — Application for writ of habeas corpus ad subjiciendum — Court of Appeal reducing sentences of imprisonment to terms of less than two years — Sentences imposed on appellant made before expiration of sentence of imprisonment in a penitentiary — Warrants of committal directing imprisonment in a correctional institution result of administrative error — Appellant properly convicted and sentenced, and required to serve his sentences in a penitentiary — Criminal Code, s. 659(2).

APPEAL pursuant to s. 719(3) of the *Criminal Code* from a judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan which dismissed the appellant's appeal from the judgment of Sirois J. who refused the appellant's application for a writ of *habeas corpus ad subjiciendum*. Appeal dismissed.

No one appearing for the appellant.

Eric A. Bowie, for the respondent.

THE COURT—This is an appeal pursuant to subs. 719(3) of the *Criminal Code* of Canada from the judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan which dismissed the appellant's appeal from the judgment of Sirois J. who refused the appellant's application for a writ of *habeas corpus ad subjiciendum*.

As the result of a number of sentences and releases commencing in January 1974, the appellant was released from the Penitentiary on June 14, 1978, on mandatory supervision. That mandatory supervision was to end on September 21, 1978. Instead, it was suspended on September 1, 1978, and he was retaken into custody on September 6, 1978. His mandatory supervision was revoked on September 8, 1978.

Clifford Robert Olson *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1979: 18 décembre; 1979: 21 décembre.

Présents: Les juges Martland, Pigeon, Dickson, Estey et Chouinard.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit criminel — Demande de bref d'habeas corpus ad subjiciendum — Réduction des sentences d'incarcération à moins de deux ans par la Cour d'appel — Sentences imposées à l'appellant avant l'expiration d'une sentence d'incarcération au pénitencier — Mandats de dépôt ordonnant l'incarcération dans une institution correctionnelle suite à une erreur administrative — Appellant régulièrement déclaré coupable et condamné et obligé de purger ses sentences au pénitencier — Code criminel, art. 659(2).

POUVOI aux termes du par. 719(3) du *Code criminel* à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan qui a rejeté l'appel interjeté par l'appellant du jugement du juge Sirois qui avait refusé d'accueillir sa demande de bref d'*habeas corpus ad subjiciendum*. Pourvoi rejeté.

L'appellant n'était pas représenté.

Eric A. Bowie, pour l'intimée.

LA COUR—Ce pourvoi aux termes du par. 719(3) du *Code criminel* du Canada attaque un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan qui a rejeté l'appel interjeté par l'appellant du jugement du juge Sirois qui avait refusé d'accueillir sa demande de bref d'*habeas corpus ad subjiciendum*.

Suite à une série de condamnations et libérations depuis janvier 1974, l'appellant a été relâché du pénitencier le 14 juin 1978 sous surveillance obligatoire qui devait expirer le 21 septembre 1978. Toutefois, la surveillance obligatoire a été suspendue le 1^{er} septembre 1978 et l'appellant a été remis sous garde le 6 septembre 1978. La surveillance obligatoire dont il faisait l'objet a été révoquée le 8 septembre 1978.

On September 6, 1978, at Camrose, Alberta, the appellant pleaded guilty and was convicted of two offences under the *Criminal Code*, for each of which he was sentenced to a term of imprisonment of two years, the two to be served concurrently. The two warrants of committal order that the accused be imprisoned in a penitentiary. On September 27, 1978, he was again convicted in Alberta of an offence under the *Criminal Code*. He was then sentenced to serve nine months consecutive to the two sentences above-mentioned, but the warrant of committal mentioned imprisonment in a provincial correctional institution.

In the result the appellant was committed to the Saskatchewan Penitentiary.

These three sentences were all appealed by the appellant to the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta. On January 17, 1979, that Court set aside all three sentences and substituted in their place the following three sentences:

- (a) two years less one day;
- (b) two years less one day concurrent;
- (c) nine months concurrent with the other sentences.

To allow him to appear in person before the Alberta Court of Appeal the appellant was on January 5, 1979, taken to the Fort Saskatchewan Correctional Institution.

Following the decision of the Appellate Division made January 17, 1979, the appellant was returned to the Saskatchewan Penitentiary where he has since remained.

However, the three warrants of committal of the Appellate Division stated on their face that:

... on the 17th day of January, A.D. 1979, it was adjudged that the Appellant for his offence be imprisoned in any Correctional Institution in the said Province.

The appellant submits that he is improperly detained in the Saskatchewan Penitentiary because these warrants of committal, issued after the judgment of the Appellate Division by the

Le 6 septembre 1978, à Camrose en Alberta, l'appelant, sur son plaidoyer de culpabilité, a été déclaré coupable de deux infractions prévues au *Code criminel*. Il a été condamné à un emprisonnement de deux ans pour chacune de ces infractions, avec confusion de peines. Aux termes des deux mandats d'incarcération, le prévenu devait être emprisonné au pénitencier. Le 27 septembre 1978, l'appelant a été à nouveau déclaré coupable, toujours en Alberta, d'une infraction prévue au *Code criminel*. Il a alors été condamné à une peine de neuf mois à être purgée consécutivement aux deux sentences précitées; mais le mandat d'incarcération prévoyait son emprisonnement dans une institution correctionnelle provinciale.

En définitive, l'appelant a été envoyé au pénitencier de la Saskatchewan.

L'appelant a interjeté appel de ces trois condamnations devant la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta. Le 17 janvier 1979, elle les infirmait toutes les trois et les remplaçait par les suivantes:

- a) deux années moins une journée;
- b) deux années moins une journée avec confusion de peines;
- c) neuf mois avec confusion avec les autres peines.

Afin de lui permettre de comparaître en personne devant la Cour d'appel de l'Alberta, l'appelant a été amené à l'institution correctionnelle de Fort Saskatchewan le 5 janvier 1979.

Par suite de l'arrêt de la Division d'appel rendu le 17 janvier 1979, l'appelant a été renvoyé au pénitencier de la Saskatchewan où il se trouve toujours.

Toutefois, on constate à la lecture des trois mandats de dépôt de la Division d'appel que:

[TRADUCTION] ... le 17 janvier 1979, il a été statué que l'appelant, vu son infraction, doit être incarcéré dans une institution correctionnelle de la province.

L'appelant fait valoir qu'il est irrégulièrement détenu au pénitencier de la Saskatchewan au motif que selon ces mandats de dépôt décernés par le registraire adjoint après l'arrêt de la Division d'ap-

Deputy Registrar, stated that "it was adjudged that the appellant for his offence be imprisoned in any Correctional Institution in the said Province", *i.e.* Alberta, and directed the keeper of such Institution to imprison him there. His contention is that in view of these warrants his detention in the Saskatchewan Penitentiary is not lawful.

The Crown relies on the provisions of subs. 659(2). The sentences imposed on the appellant in Alberta were made before the expiration of his sentence of imprisonment in the penitentiary.

Subsections (1) and (2) of s. 659 of the *Criminal Code* provide as follows:

659. (1) Except where otherwise provided, a person who is sentenced to imprisonment for

- (a) life,
- (b) a term of two years or more, or
- (c) two or more terms of less than two years each that are to be served one after the other and that, in the aggregate, amount to two years or more,

shall be sentenced to imprisonment in a penitentiary.

(2) Where a person who is sentenced to imprisonment in a penitentiary is, before the expiration of that sentence, sentenced to imprisonment for a term of less than two years, he shall be sentenced to and shall serve that term in a penitentiary, but if the previous sentence of imprisonment in a penitentiary is set aside, he shall serve that term in accordance with subsection (3).

The Court was concerned as to whether the judgments of the Appellate Division had, in the words of the warrants, adjudged that the appellant be imprisoned in a Correctional Institution in Alberta. At the request of the Court, counsel for the Crown obtained and provided copies of the Court's judgments. There is no such direction. The judgments allow the appeals against sentence and substitute new sentences for those imposed at trial, as previously described.

In view of these circumstances, it appears that the form of the warrants of committal directing imprisonment in a Correctional Institute in Alberta were the result of an administrative error and are defective in that respect.

pel, «il a été statué que l'appelant, vu son infraction, doit être incarcéré dans une institution correctionnelle de la province», savoir l'Alberta, et qu'ils ordonnent au gardien de pareille institution de l'y incarcérer. Il allègue que, compte tenu de ces mandats, sa détention au pénitencier de la Saskatchewan est illégale.

Le ministère public se fonde sur les dispositions du par. 659(2). Les condamnations dont l'appelant a fait l'objet en Alberta ont été prononcées avant l'expiration de sa sentence d'emprisonnement au pénitencier.

Les paragraphes 659(1) et (2) du *Code criminel* disposent que:

659.(1) Sauf lorsqu'il y est autrement pourvu, une personne qui est condamnée à l'emprisonnement

- a) à perpétuité,
- b) pour une durée de deux ans ou plus, ou
- c) pour deux périodes ou plus de moins de deux ans chacune, à purger l'une après l'autre et dont la durée totale est de deux ans ou plus,

doit être condamnée à l'emprisonnement dans un pénitencier.

(2) Lorsqu'une personne condamnée à l'emprisonnement dans un pénitencier est, avant l'expiration de cette sentence, condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans, elle doit être condamnée et purger cette dernière sentence dans un pénitencier, mais si la sentence antérieure d'emprisonnement dans un pénitencier est annulée elle doit purger l'autre conformément au paragraphe (3).

La Cour s'est inquiétée de savoir si les arrêts de la Division d'appel ont, comme le disent les mandats, jugé que l'appelant devait être incarcéré dans une institution correctionnelle de l'Alberta. A sa demande, l'avocat du ministère public a fourni des exemplaires de ces arrêts. On n'y trouve aucune directive en ce sens. Les arrêts font droit aux appels interjetés à l'encontre des condamnations prononcées en première instance et les remplacent par de nouvelles, comme on l'a déjà mentionné.

Compte tenu de ces circonstances, il ressort que le texte des mandats de dépôt qui ordonnent l'emprisonnement dans une institution correctionnelle de l'Alberta découle d'une erreur administrative et est, à cet égard, défectueux.

In the result, the appellant was properly convicted and sentenced and, in the light of subs. 659(2), is required to serve his sentences in a penitentiary. He is not unlawfully detained in the Saskatchewan Penitentiary.

The appeal is therefore dismissed.

Appeal dismissed.

Clifford Robert Olson, appellant: P.O. Box 160, Prince Albert.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

L'appelant a donc été régulièrement déclaré coupable et condamné et, vu le par. 659(2), il doit purger ses sentences dans un pénitencier. Il n'est pas illégalement détenu au pénitencier de la Saskatchewan.

Le pourvoi est donc rejeté.

Pourvoi rejeté.

Clifford Robert Olson, appellant: C.p. 160, Prince Albert.

Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.

Jack Cewe Ltd. (Defendant) Appellant;

and

**Gary William Jorgenson (Plaintiff)
Respondent.**

1979: October 29; 1980: April 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Master and servant — Wrongful dismissal — Damages — No deduction for income tax or unemployment insurance benefits.

Judgment was rendered at trial against the appellant company in an action for wrongful dismissal brought by the respondent. The trial judge held that the proper amount of damages to be awarded was a full year's salary. From this, he deducted amounts received from various sources during the relevant 12 months, including unemployment insurance benefits in the amount of \$1,330. An appeal by the company was unanimously dismissed by the Court of Appeal for British Columbia. On respondent's cross-appeal, it was held that the unemployment insurance benefits should not be deducted. From this judgment, the company appealed by leave of this Court on two points only: 1. A deduction should be made for income tax. 2. Unemployment insurance benefits should be deducted in proportion to the company's contribution.

Held: The appeal should be dismissed.

With respect to income tax, the company's submission rested on the premise that respondent is not liable to income tax on the damages awarded. This was based on the judgment of the Federal Court of Appeal in *The Queen v. Atkins*, 76 DTC 6258. However, this Court doubted the correctness of the decision in that case. Consideration appears to have been given only to the question whether the damages for wrongful dismissal were income "from an office or employment" within the meaning of ss. 5 and 25 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952. No consideration appears to have been given to the broader question whether they might not be income from an unspecified source under the general provision of s. 3. Even on the assumption that respondent will escape income tax on the damages awarded to him, it would be illogical to allow his employer a deduction for income tax not payable.

Jack Cewe Ltd. (Défenderesse) Appelante;

et

**Gary William Jorgenson (Demandeur)
Intimé.**

1979: 29 octobre; 1980: 22 avril.

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

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

Employeur et employé — Renvoi injustifié — Dommages-intérêts — Aucune déduction pour l'impôt sur le revenu ni pour les prestations d'assurance-chômage.

Un jugement a été rendu contre la compagnie appelante sur l'action intentée par l'intimé pour renvoi injustifié. Le juge de première instance a fixé le montant des dommages-intérêts au traitement d'une année complète. Il en a déduit ce que l'intimé avait touché de diverses sources au cours de ces 12 mois, y compris des prestations d'assurance-chômage au montant de \$1,330. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté à l'unanimité l'appel formé par la compagnie et a conclu, sur l'appel incident formé par l'intimé, que les prestations d'assurance-chômage ne devaient pas être déduites. La compagnie se pourvoit contre cet arrêt avec l'autorisation de la Cour sur deux points seulement, savoir: 1. une déduction devrait être accordée au titre de l'impôt sur le revenu; 2. les prestations d'assurance-chômage devraient être déduites au prorata des contributions de la compagnie.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Quant à l'impôt sur le revenu, la compagnie se fonde sur la prémisse que l'intimé n'y est pas assujéti à l'égard des dommages-intérêts alloués. Elle tire ce principe d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale, *La Reine c. Atkins*, 76 DTC 6258. Cependant, cette Cour met en doute le bien-fondé de cet arrêt. Seule semble avoir été étudiée la question de savoir si les dommages-intérêts accordés pour renvoi injustifié constituaient un revenu tiré «d'une charge ou d'un emploi» au sens des art. 5 et 25 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952. La question plus large de savoir s'ils peuvent être considérés comme un revenu d'une provenance non spécifiée au sens de la disposition générale de l'art. 3 n'a pas été examinée. Mais, même si l'on tient pour acquis que l'intimé n'est pas assujéti à l'impôt sur le revenu à l'égard des dommages-intérêts qui lui ont été alloués, il serait illogique de permettre à son employeur de déduire l'impôt sur le revenu non exigible.

As to the unemployment insurance benefits, the payment of unemployment insurance contributions by the employer was an obligation incurred by reason of respondent's employment. Therefore, to the extent that the payment of those contributions resulted in the provision of unemployment benefits, these are a consequence of the contract of employment and, consequently, cannot be deducted from damages for wrongful dismissal.

Guy v. Trizec Equities Ltd., [1979] 2 S.C.R. 756, applied; *Parsons v. B.N.M. Laboratories Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 658, considered; *Quance v. The Queen*, 74 DTC 6210; *Livesley v. Horst*, [1924] S.C.R. 605; *R. v. Jennings*, [1966] S.C.R. 532; *British Transport Comm. v. Gourley*, [1956] A.C. 185; *Florence Realty Co. v. The Queen*, [1968] S.C.R. 42; *Attorney General of Canada v. Walford*, [1979] 1 F.C. 768, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia¹, dismissing an appeal and allowing a cross-appeal from an award of damages for wrongful dismissal. Appeal dismissed.

D. W. Carmichael, for the defendant, appellant.

R. A. Wattie, for the plaintiff, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

PIGEON J.—Judgment was rendered at trial against the appellant (the “Company”) in an action for wrongful dismissal brought by the respondent. The trial judge held that the proper amount of damages to be awarded was a full year's salary. From this, he deducted amounts received from various sources during the relevant twelve months, including unemployment insurance benefits in the amount of \$1,330. An appeal by the Company was unanimously dismissed by the Court of Appeal for British Columbia¹. On respondent's cross-appeal, it was held that the unemployment insurance benefits should not be deducted. From this judgment, the Company appeals by leave of this Court on two points only:

1. A deduction should be made for income tax;

Quant aux prestations d'assurance-chômage, le versement par l'employeur de contributions d'assurance-chômage est une obligation qui résulte de l'emploi de l'intimé. Par conséquent, dans la mesure où le versement de ces contributions aboutit au versement de prestations d'assurance-chômage, elles sont une conséquence du contrat de louage de service et ne peuvent donc être déduites des dommages-intérêts alloués pour renvoi injustifié.

Jurisprudence: *Guy c. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 756, arrêt suivi; *Parsons v. B.N.M. Laboratories Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 658, arrêt examiné; *Quance c. La Reine*, 74 DTC 6210; *Livesley c. Horst*, [1924] R.C.S. 605; *R. c. Jennings*, [1966] R.C.S. 532; *British Transport Comm. v. Gourley*, [1956] A.C. 185; *Florence Realty Co. c. La Reine*, [1968] R.C.S. 42; *Procureur général du Canada v. Walford*, [1979] 1 C.F. 768.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹ qui a rejeté un appel et a accueilli un appel incident à l'égard de dommages-intérêts alloués pour renvoi injustifié. Pourvoi rejeté.

D. W. Carmichael, pour la défenderesse, appelante.

R. A. Wattie, pour le demandeur, intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE PIGEON—Un jugement a été rendu contre l'appelante (la «compagnie») sur l'action intentée par l'intimé pour renvoi injustifié. Le juge de première instance a fixé le montant des dommages-intérêts au traitement d'une année complète. Il en a déduit ce que l'intimé avait touché de diverses sources au cours de ces douze mois, y compris des prestations d'assurance-chômage au montant de \$1,330. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté à l'unanimité l'appel formé par la compagnie¹ et a conclu, sur l'appel incident formé par l'intimé, que les prestations d'assurance-chômage ne devaient pas être déduites. La compagnie se pourvoit contre cet arrêt avec l'autorisation de la Cour sur deux points seulement, savoir,

1° une déduction devrait être accordée au titre de l'impôt sur le revenu;

¹ (1978), 93 D.L.R. (3d) 464.

¹ (1978), 93 D.L.R. (3d) 464.

2. Unemployment insurance benefits should be deducted in proportion to the Company's contribution.

With respect to income tax, the Company's submission rests on the premise that respondent is not liable to income tax on the damages awarded. This is based on the judgment of the Federal Court of Appeal in *The Queen v. Atkins*² affirming the judgment of Collier J.³ This judgment is contrary to the decision of Cattanach J. in *Quance v. The Queen*⁴ as to which Jackett C.J. said, speaking for the Federal Court of Appeal:

Having regard to the weight placed by the appellant on the decision of the Trial Division in *Quance v. The Queen*, [74 DTC 6210], [1974] C.T.C. 225, I deem it advisable to state in my own words what I regard as the basic fallacy in the appellant's position.

Once it is conceded, as the appellant does, that the respondent was dismissed "without notice", monies paid to him (pursuant to a subsequent agreement) "in lieu of notice of dismissal" cannot be regarded as "salary", "wages" or "remuneration" or as a benefit "received or enjoyed by him . . . in respect of, in the course of, or by virtue of the office or employment". Monies so paid (i.e., "in lieu of notice of dismissal") are paid in respect of the "breach" of the contract of employment and are not paid as a benefit under the contract or in respect of the relationship that existed under the contract before that relationship was wrongfully terminated

I have grave doubt as to the validity of this reasoning. Damages payable in respect of the breach of a contract of employment are certainly due only by virtue of this contract, I fail to see how they can be said not to be paid as a benefit under the contract. They clearly have no other source. In *Livesley v. Horst Co.*⁵ Duff J. said, speaking for the Court (at p. 607):

In principle, it is difficult to discover a solid ground for refusing to classify the right to damages for breach of contract with other rights arising under the proper law of the contract, and recognizable and enforceable as such.

² 76 DTC 6258.

³ 75 DTC 5263.

⁴ 74 DTC 6210.

⁵ [1924] S.C.R. 605.

2° les prestations d'assurance-chômage devraient être déduites au prorata des contributions de la compagnie.

Quant à l'impôt sur le revenu, la compagnie se fonde sur le prémisses que l'intimé n'y est pas assujéti à l'égard des dommages-intérêts alloués. Elle tire ce principe d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale, *La Reine c. Atkins*² qui confirme le jugement du juge Collier³. Cet arrêt va à l'encontre de la décision du juge Cattanach dans *Quance c. La Reine*⁴ au sujet de laquelle le juge en chef Jackett de la Cour d'appel fédérale dit:

En raison de l'importance accordée par l'appelante à la décision rendue par la Division de première instance dans *Quance c. La Reine*, [74 DTC 6210], [1974] C.T.C. 225, je crois qu'il serait bon d'expliquer, dans mes propres mots, la principale erreur que je vois dans la position de l'appelante.

En admettant, comme le fait l'appelante, que l'intimé a été congédié «sans préavis», on ne peut considérer les sommes d'argent qui lui ont été payées (à la suite d'une entente subséquente) pour tenir «lieu de préavis» de congédiement comme un «traitement», «salaire» ou «rémunération», ou comme des prestations «qu'il reçoit ou dont il jouit . . . à l'égard, dans le cours ou en vertu de la charge ou de l'emploi». Les sommes payées à cet égard (c.-à-d. pour tenir «lieu de préavis») l'ont été à cause de la «rupture» du contrat d'emploi et non pas en tant que prestations qui découlent du contrat ou de la relation qui existait en vertu du contrat avant que cette relation ne prenne fin de façon injustifiée

Je doute fort du bien-fondé de ce raisonnement. Les dommages-intérêts payables à cause de la rupture d'un contrat ne sont certainement exigibles qu'en vertu de ce contrat; je ne vois pas pourquoi ils ne pourraient être considérés comme des prestations versées en vertu du contrat. Il est clair qu'ils ne proviennent d'aucune autre source. Dans *Livesley c. Horst Co.*⁵, le juge Duff s'exprimait en ces termes au nom de la Cour (à la p. 607):

[TRADUCTION] En principe, il est difficile de trouver un motif solide de refuser de classer le droit aux dommages-intérêts pour violation de contrat parmi les autres droits découlant de la loi applicable au contrat et qui sont reconnus et exécutoires comme tels.

² 76 DTC 6258.

³ 75 DTC 5263.

⁴ 74 DTC 6210.

⁵ [1924] R.C.S. 605.

The basic principle governing the award of damages for breach of contract is that "the party complaining should, so far as it can be done by money, be placed in the same position as he would have been in if the contract had been performed". I fail to see any reason why this would not hold true towards the tax collector as well as towards the parties to the contract. In *The Queen v. Jennings*⁶, where the damages awarded were in tort and mainly for permanent disability, Judson J. gave the reasons for declining to follow *British Transport Commission v. Gourley*⁷ where a deduction for income tax had been made. Before coming to that conclusion, he said (at p. 544):

Gourley was decided upon an admission of counsel that the damages were a non-taxable capital receipt. This admission was taken to be an accurate reflection of the law and of the practice of the Inland Revenue.

For what it is worth, my opinion is that an award of damages for impairment of earning capacity would not be taxable under the Canadian *Income Tax Act*. To the extent that an award includes an identifiable sum for loss of earnings up to the date of judgment the result might well be different. But I know of no decisions where these issues have been dealt with and until this has been done in proceedings in which the Minister of National Revenue is a party, any expression of opinion must be insecure. Such litigation would have to go through the Board of Tax Appeals or direct to the Exchequer Court with a final appeal, in appropriate cases, to this Court . . .

In my view, the present situation with respect to income tax on this award of "an identifiable sum for loss of earnings" must be considered legally insecure. This Court might well disagree with the conclusion reached by the Federal Court of Appeal in *Atkins*. In this respect, I will note that in that case consideration appears to have been given only to the question whether the damages for wrongful dismissal were income "from an office or employment" within the meaning of ss. 5 and 25 of the *Income Tax Act* (R.S.C. 1952). No consideration appears to have been given to the broader question

Le principe fondamental régissant les dommages-intérêts pour rupture de contrat c'est que le demandeur doit, autant qu'on peut le faire en lui accordant une somme d'argent, se retrouver dans la même situation que si son contrat avait été exécuté. Je ne vois pas pourquoi cela ne serait pas aussi vrai envers le percepteur d'impôt qu'envers les parties au contrat. Dans *La Reine c. Jennings*⁶, où il s'agissait essentiellement de dommages-intérêts pour responsabilité civile d'une incapacité permanente, le juge Judson a exposé ses motifs de refuser de suivre l'arrêt *British Transport Commission v. Gourley*⁷ où l'on avait fait une déduction au titre de l'impôt sur le revenu. Avant d'en arriver à cette conclusion, il a dit (à la p. 544):

[TRADUCTION] L'arrêt *Gourley* a été rendu à partir de la reconnaissance par l'avocat que les dommages-intérêts constituaient une rentrée de capital non imposable. Cette reconnaissance a été considérée comme un énoncé exact du droit et des pratiques du fisc.

Vaille que vaille, je suis d'avis qu'une allocation de dommages-intérêts pour diminution de la capacité de gain n'est pas imposable en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* au Canada. Dans la mesure où l'allocation englobe une somme identifiable pour perte de gain jusqu'à la date du jugement, le résultat pourrait être tout autre. Mais je ne suis au courant d'aucune décision traitant de ces matières, et, jusqu'à ce que pareille décision ait été rendue dans des procédures où le ministre du Revenu national est partie, tout avis doit être exprimé avec circonspection. Un tel procès irait devant la Commission d'appel de l'impôt ou devant la Cour de l'Échiquier, avec appel en dernier ressort devant la présente Cour . . .

A mon avis, il faut tenir pour juridiquement incertaine la situation actuelle quant à l'impôt à percevoir sur cette allocation «d'une somme identifiable pour perte de gain». Cette Cour pourrait bien être en désaccord avec la conclusion de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Atkins*. A cet égard, je tiens à souligner que dans ce dernier arrêt seule semble avoir été étudiée la question de savoir si les dommages-intérêts accordés pour renvoi injustifié constituaient un revenu tiré «d'une charge ou d'un emploi» au sens des art. 5 et 25 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (S.R.C. 1952). La

⁶ [1966] S.C.R. 532.

⁷ [1956] A.C. 185.

⁶ [1966] R.C.S. 532.

⁷ [1956] A.C. 185.

whether they might not be income from an unspecified source under the general provision of s. 3.

Counsel for the appellant referred to *Parsons v. B.N.M. Laboratories Ltd.*⁸ In that case the English Court of Appeal relied on a specific provision of the British Act making such payments taxable above a stated amount, this was held to imply that under such amount they were not taxable. As to the reasons for the ultimate conclusion that the employer should in such a situation get the benefit of the income tax that the dismissed employee would not have to pay, the majority rely on *Gourley* by which they consider themselves bound but which this Court has firmly rejected in *Jennings*. I find much more persuasive the reasons given by Sellers L.J. for making no such deduction than the reasons given for the majority for making it. He says (at pp. 663-664):

The justification for regarding tax in assessing damages is at least more questionable when looked at in terms of contract. The employer has at all times during the subsistence of a service agreement to pay the employee the contractual sum, no contractual provision is made for any deduction of or reduction by tax. It is true that the sum the employee receives when it comes to be distributed by him has to meet the requirements of income tax which for the convenience of administration under our P.A.Y.E. scheme is, in effect, handed back to the employer to pay over to the Inland Revenue on behalf of the employee, the taxpayer. It seems unnecessary to say that that is the employee's expenditure and payment to meet his contribution to the services he receives from the state and to which he may have to make further contribution by way of surtax. If his salary were less, the employee would no doubt pay less tax, but whatever he pays in taxes in no way reduces the contractual obligation on the employer to pay the whole of the agreed sum

. . . income tax might appropriately have been made payable by the employee on the damages received, for he will have had his earnings so computed, and the tax could be assessed on the basis of probable liability, as

⁸ [1963] 2 All E.R. 658.

question plus large de savoir s'ils peuvent être considérés comme un revenu en provenance non spécifiée au sens de la disposition générale de l'art. 3 n'a pas été examinée.

L'avocat de l'appelante a invoqué l'arrêt *Parsons v. B.N.M. Laboratories Ltd.*⁸ La Cour d'appel s'y est appuyée sur une disposition spécifique de la loi anglaise qui rend imposables des paiements semblables au-delà d'un montant spécifié, elle a statué que cela impliquait qu'en deçà de ce montant de tels paiements ne sont pas imposables. Quant au motif de la conclusion principale selon laquelle l'employeur doit dans une telle situation profiter de l'impôt sur le revenu que l'employé congédié n'a pas à verser, la majorité s'est sentie liée par l'arrêt *Gourley* que cette Cour, dans l'arrêt *Jennings*, a fermement rejeté. J'estime que les motifs du lord juge Sellers de ne pas accorder une telle déduction sont beaucoup plus convaincants que ceux de la majorité qui l'a accordée. Il s'exprime en ces termes (aux pp. 663 et 664):

[TRADUCTION] La raison invoquée pour tenir compte de l'impôt dans l'évaluation de dommages-intérêts est beaucoup plus contestable en matière contractuelle du moins. L'employeur doit toujours au cours d'un contrat de louage de service, verser à l'employé la somme convenue; aucune disposition contractuelle ne prévoit une déduction ou une réduction de l'impôt. Il est vrai que lorsque vient le moment pour l'employé de répartir la somme qu'il reçoit, celle-ci doit satisfaire aux exigences de l'impôt sur le revenu dont la part, pour des raisons de commodité administrative, est effectivement rendue à l'employeur pour être versée au fisc au nom de l'employé contribuable, le tout conformément à notre régime de retenues à la source. Inutile de dire que ce montant correspond à ce que l'employé doit verser et payer en contrepartie des services qu'il reçoit de l'État et à l'égard desquels il sera peut-être appelé à contribuer davantage par voie de surtaxe. Nul doute que si son salaire est moindre, l'employé aura moins d'impôt à payer. Mais quel que soit le montant qu'il verse à titre d'impôt, l'obligation contractuelle de l'employeur de verser tout le montant convenu n'en est aucunement réduite . . .

. . . on aurait pu exiger à juste titre que l'employé paie l'impôt sur le revenu à même les dommages-intérêts qui lui ont été alloués. L'impôt aurait pu être évalué sur la base d'un assujettissement éventuel, comme l'envisage

⁸ [1963] 2 All E.R. 658.

Gourley's case contemplates it will be where *Gourley's* case applies, or on some other basis, and either paid by the employer to the revenue or collected direct from the taxpayer, but as it chanced (and it may possibly be a "flaw" or omission in our taxation law) the grossed up lost income is treated as a capital sum and is not, subject to some recent provisions which call for consideration, exigible to income tax. This is a fortuitous circumstance which has nothing to do with the employer or his contract of service with the employee and cannot, as I see it, enure to his benefit so as to result in his contract being treated as one not to pay the sum stipulated but some lesser sum which might vary between a number of employees all having a common form of contract for, say £2,000 a year but each having a different tax liability . . .

These observations were answered by the majority in holding *Gourley* binding and undistinguishable. Having rejected *Gourley* we must hold this to be no answer. Even on the assumption that respondent will escape income tax on the damages awarded to him, it would be illogical to allow his employer a deduction for income tax not payable.

I cannot dismiss this point without referring to *Florence Realty Co. Ltd. v. The Queen*⁹, a decision which came less than two years after *Jennings*. In that case compensation had been assessed in the Exchequer Court for the loss of a private railway siding. It was determined, as upon an expropriation, at the amount which a prudent owner would have paid rather than lose the rail service. In thus estimating the value of a permanent asset used for profit making purposes, the annual profit lost was taken into account net of income tax. This Court held that its judgment in *Jennings* was not applicable to exclude such deduction in the assessment of the compensation. It is unnecessary to consider whether this is consistent with expropriation compensation principles and cases generally, this decision concerning compensation for the loss of a permanent asset has no possible application in the

⁹ [1968] S.C.R. 42.

l'arrêt *Gourley* dans les cas où il s'applique, ou sur une autre base, et versé par l'employeur au fisc ou recouvré directement du contribuable. Mais il se trouve (et c'est peut-être là une «lacune» ou omission dans notre droit fiscal) que le revenu brut impayé est traité comme un capital et n'est pas, sous réserve de dispositions récentes qu'il faudra étudier, assujéti à l'impôt sur le revenu. C'est une situation fortuite qui n'a aucun rapport avec l'employeur ou le contrat de louage de service que ce dernier a conclu avec l'employé et ne peut, selon moi, jouer en sa faveur pour que son contrat soit interprété, non pas comme un contrat en vertu duquel il est tenu de verser la somme stipulée, mais une somme moindre, susceptible de varier entre employés tous embauchés par un contrat identique qui stipulerait, par exemple, une somme annuelle de £2,000 mais dont l'assujétissement fiscal serait différent . . .

La majorité a répondu à ces observations en statuant que la Cour était liée par l'arrêt *Gourley* et qu'aucune distinction ne pouvait être faite entre cet arrêt et l'affaire en cause. Puisque cette Cour a rejeté l'arrêt *Gourley*, l'opinion de la majorité ne constitue pas pour nous une réponse. Mais, même si l'on tient pour acquis que l'intimé n'est pas assujéti à l'impôt sur le revenu à l'égard des dommages-intérêts qui lui ont été alloués, il serait illogique de permettre à son employeur de déduire l'impôt sur le revenu non exigible.

Je ne peux passer à l'autre point sans parler de l'arrêt *Florence Realty Co. Ltd. c. La Reine*⁹, rendu quelque deux ans après *Jennings*. Dans cette affaire-là, la Cour de l'Échiquier avait fixé une indemnité pour la perte d'une voie de garage privée. Comme dans le cas d'expropriation, elle a conclu que cela devrait être le montant qu'un propriétaire prudent aurait payé pour ne pas perdre le service de chemin de fer. Pour évaluer ainsi cet actif permanent utilisé en vue d'un profit, elle s'est basée sur la perte de profit annuel déduction faite de l'impôt sur le revenu. Cette Cour a statué qu'on ne pouvait invoquer l'arrêt *Jennings* pour exclure cette déduction dans le calcul de l'indemnité. Il n'est pas nécessaire de se demander si cette décision est compatible avec les principes et la jurisprudence sur les indemnités d'expropriation: cette arrêt qui porte sur une indemnité pour

⁹ [1968] R.C.S. 42.

assessment of a loss of personal earnings any more than in the assessment of a loss of personal earning capacity.

Turning now to the unemployment insurance benefits, I find the Company's contention untenable. The payment of unemployment insurance contributions by the employer was an obligation incurred by reason of respondent's employment, therefore, to the extent that the payment of those contributions resulted in the provision of unemployment benefits, these are a consequence of the contract of employment and, consequently, cannot be deducted from damages for wrongful dismissal. The situation is similar to contributory pension benefits which this Court recently decided should not be deducted in assessing compensation for loss of earnings. In *Guy v. Trizec Equities Ltd.*¹⁰, Ritchie J. said expressing the unanimous opinion of the full Court (at p. 762):

... I am unable to share the opinion that the pension benefits should be deducted in the manner proposed because I take the view that this contributory pension is derived from the appellant's contract with his employer and that the payments made pursuant to it are akin to payments under an insurance policy. This view is in accord with the judgment of the House of Lords in *Parry v. Cleaver* ([1970] A.C. 1), which was expressly approved in this Court in the reasons for judgment of Mr. Justice Spence in *Canadian Pacific Ltd. v. Gill* ([1973] S.C.R. 654) ...

Furthermore, it appears that damages for wrongful dismissal are "earnings" for unemployment insurance purposes, being defined by the *Unemployment Insurance Regulations* as income "arising out of employment". In *Attorney General of Canada v. Walford*¹¹, the Federal Court of Appeal reversed an Umpire's decision holding that a payment of damages for wrongful dismissal was not income. The judgment in *The Queen v. Atkins* was held not to be an authority in the interpretation of the *Unemployment Insurance Regulations*. The anomaly of considering damages for wrongful dismissal as income for unemployment insurance purposes but not for income tax purposes is an

la perte d'un actif permanent est sans application possible à l'évaluation de la perte de salaire tout autant qu'à l'évaluation d'une perte découlant d'une incapacité permanente.

J'estime insoutenable la prétention de la compagnie quant aux prestations d'assurance-chômage. Le versement par l'employeur de contributions d'assurance-chômage est une obligation qui résulte de l'emploi de l'intimé; par conséquent, dans la mesure où le versement de ces contributions aboutit au versement de prestations d'assurance-chômage, elles sont une conséquence du contrat de louage de service et ne peuvent donc être déduites des dommages-intérêts alloués pour renvoi injustifié. La situation est la même que pour les prestations de pension contributive qui, selon un arrêt récent de cette Cour, ne sont pas à déduire dans le calcul d'une indemnité pour perte de salaire. Dans *Guy c. Trizec Equities Ltd.*¹⁰, le juge Ritchie a formulé comme suit l'opinion unanime de la Cour au complet (à la p. 762):

... je ne peux me rallier à l'opinion que les prestations de pension devraient être déduites de la façon proposée car je suis d'avis que cette pension contributive provient du contrat de l'appelant avec son employeur et que les paiements faits en vertu de celle-ci sont de même nature que les paiements faits aux termes d'une police d'assurance. Cette opinion concorde avec le jugement de la Chambre des lords dans *Parry v. Cleaver* ([1970] A.C. 1), que cette Cour a expressément approuvé dans les motifs de jugement du juge Spence dans l'arrêt (*Canadien Pacifique Ltée c. Gill* ([1973], R.C.S. 654) ...

De plus, les dommages-intérêts alloués pour renvoi injustifié sont des «gains» aux fins de l'assurance-chômage, ce mot signifiant, selon le *Règlement sur l'assurance-chômage*, un revenu «tiré d'un emploi». Dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Walford*¹¹, la Cour d'appel fédérale a infirmé la décision d'un juge-arbitre selon laquelle le paiement de dommages-intérêts pour renvoi injustifié n'était pas un revenu. La Cour n'a pas considéré l'arrêt *La Reine c. Atkins* comme une source jurisprudentielle pour l'interprétation du *Règlement sur l'assurance-chômage*. L'anomalie qui consiste à considérer des dommages-intérêts pour renvoi injustifié comme un revenu aux fins de

¹⁰ [1979] 2 S.C.R. 756.

¹¹ [1979] 1 F.C. 768.

¹⁰ [1979] 2 R.C.S. 756.

¹¹ [1979] 1 C.F. 768.

additional reason for doubting the correctness of the decision in *Atkins*.

I do not find it necessary to consider whether, due to the time element, respondent will be entitled to retain the unemployment insurance benefits which were allowed to him at a time when he was being denied compensation for his wrongful dismissal. Even if it should happen that he will not now be obliged to reimburse them, this is a matter between him and the unemployment insurance authorities, it does not concern the appellant company.

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the defendant, appellant: Milne, Carmichael, Corbould & Todd, New Westminster.

Solicitors for the plaintiff, respondent: Linley, Duigan & Wattie, Clearbrook.

l'assurance-chômage et non aux fins de l'impôt sur le revenu constitue un motif additionnel de mettre en doute le bien-fondé de l'arrêt *Atkins*.

Il ne me paraît pas nécessaire d'étudier la question de savoir si, compte tenu du facteur temps, l'intimé aura le droit de conserver les prestations d'assurance-chômage qui lui ont été versées alors qu'on lui refusait toute indemnité pour renvoi injustifié. Même s'il n'est pas tenu de les remettre, il s'agit d'une affaire entre l'administration de l'assurance-chômage et lui-même; elle ne regarde pas la compagnie appelante.

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

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de la défenderesse, appelante: Milne, Carmichael, Corbould & Todd, New Westminster.

Procureurs du demandeur, intimé: Linley, Duigan & Wattie, Clearbrook.

Published by/Publié par

BERNARD C. HOFLEY, Q.C./c.r.

The Registrar, Supreme Court of
Canada

Registraire de la Cour suprême du
Canada

MILLS SHIPLEY, B.A., LL.B., B.L.S.
Deputy Registrar/Registraire adjoint

Editors/Arrêtistes

JOHN J. YOUNG, B.L.

RÉJEAN PATRY, B.A., LL.L., LL.M.

Chief Revisor/Réviseur en chef

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

Editorial Assistants/Adjoints à l'édition

MADO MAINVILLE-CÔTÉ
MARIELLE BEAULIEU

Changes of address for subscriptions to the
Supreme Court Reports should be referred to
Publishing Centre, Printing and Publishing,
Supply and Services Canada, Hull, Quebec,
Canada, K1A 0S9, together with the old
address.

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour
suprême du Canada doivent adresser tout
changement d'adresse au Centre d'édition,
Imprimerie et Édition, Approvisionnement et
Services Canada, Hull, Québec, Canada,
K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

Queen's Printer for Canada, Ottawa 1980.

Imprimeur de la Reine, pour le Canada,
Ottawa 1980.

CONTENTS

Adegbola v. Rivard et al. 758

Courts – Practice – Appeal abandoned by
delay – Rules of the Supreme Court of
Canada, Rule-59.

Charette v. The Queen..... 785

Criminal law – Conspiracy to use forged
documents – Evidence – Admissibility –
Wiretap evidence – Scope of voir dire – Duty
of trial judge in voir dire – Whether evidence
as to integrity and continuity of tapes and
voice identification should be heard in the
absence of the jury – Criminal Code, ss.
178.13, 178.16(4), 326.

Protection of privacy – Interception of private
communications – Admissibility of evidence –
Criminal Code, ss. 178.13, 178.16(4), 326.

Duncan et al. v. The Queen..... 783

Criminal law – Appellants convicted of cons-
piring to traffic in heroin – Subsequent decla-
rations by principal Crown witness asserting
his trial evidence untrue – Refusal of Court of
Appeal to admit this new evidence – No error
in law on part of Court of Appeal – Criminal
Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 610(1)(d).

Ernewein v. Minister of Employment and Immigration..... 639

Immigration – Deportation order – Appeal
refused by Immigration Appeal Board –
Application for leave to appeal to Federal
Court dismissed – Appeal to Supreme Court
of Canada by leave – Appeal quashed – Fed-
eral Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c.
10, s. 31 as am. 1974-75-76 (Can.), c. 18, s.
9(2) – Immigration Appeal Board Act,
R.S.C. 1970, c. I-3 as enacted 1973-74
(Can.), c. 27, s. 5.

Appeal – Refusal of leave by Federal Court –
Discretion of intermediate appellate court –
Whether leave to appeal may be sought from
Supreme Court of Canada – Jurisdiction of
Supreme Court of Canada – Appeal quashed
– Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19,
s. 41 as am. 1974-75-76 (Can.), c. 18, s. 5.

Fraser-Reid et al. v. Droumtsekas et al. 720

Real property – Purchase of house – Whether
house “completed” – Serious defects in con-
struction – Non-compliance with Building By
Law standards – Express warranty – Extinc-
tion of warranty – Warranty not fulfilled by
delivery of conveyance – Warranty unaffected
by exclusion clause.

Continued on inside back cover

SOMMAIRE

Adegbola c. Rivard et autre..... 758

Tribunaux – Pratique – Abandon de l'appel
pour cause de retard – Règles de la Cour
suprême du Canada, règle 59.

Charette c. La Reine..... 785

Droit criminel – Complot en vue de se servir
de documents contrefaits – Preuve – Ecoute
électronique – Admissibilité – Etendue du
voir dire – Obligation du juge du procès au
voir dire – Doit-on entendre la preuve de
l'intégrité et de la continuité des bandes et de
l'identification des voix en l'absence du jury?
– Code criminel, art. 178.13, 178.16(4), 326.

Protection de la vie privée – Interception de
communications privées – Admissibilité de la
preuve – Code criminel, art. 178.13,
178.16(4), 326.

Duncan et autres c. La Reine..... 783

Droit criminel – Appellants déclarés coupables
de complot pour faire le trafic d'héroïne –
Déclarations ultérieures du principal témoin à
charge quant à son faux témoignage au
procès – Refus de la Cour d'appel d'admettre
ce nouvel élément de preuve – Aucune erreur
de droit de la Cour d'appel – Code criminel,
S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 610(1)d).

Ernewein c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration..... 639

Immigration – Ordonnance d'expulsion –
Appel refusé par la Commission d'appel de
l'immigration – Rejet de la demande d'auto-
risation d'appel à la Cour fédérale – Pourvoi en
Cour suprême du Canada sur permission –
Pourvoi annulé – Loi sur la Cour fédérale,
S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 31
mod. par 1974-75-76 (Can.), chap. 18, art.
9(2) – Loi sur la Commission d'appel de
l'immigration, S.R.C. 1970, chap. I-3
promulgué par 1973-74 (Can.), chap. 27, art. 5.

Appel – Refus d'autorisation de la Cour fédé-
rale – Pouvoir discrétionnaire de la Cour
d'appel intermédiaire – Autorisation d'appel
peut-elle être demandée à la Cour suprême du
Canada? – Compétence de la Cour suprême
du Canada – Pourvoi annulé – Loi sur la
Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art.
41 mod. par 1974-75-76 (Can.), chap. 18,
art. 5.

Fraser-Reid et autre c. Droumtsekas et autres..... 720

Immeubles – Achat de maison – La maison
est-elle «parachevée» – Vices de construction
graves – Violation des normes de construction
du règlement municipal – Garantie expresse –
Extinction de la garantie – La garantie n'est
pas satisfaite par la signature de l'acte trans-
latif de propriété – La clause d'exclusion ne
porte pas atteinte à la garantie.

Suite à la page 3 de la couverture

CONTENTS (Continued)

Fraternité des Policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. v. City of Montreal et al...... 740

Labour law – Arbitral award – Application of Health Insurance Act and Supplemental Pension Plans Act to collective agreement – Invalidity of syndicate by-law – Evocation – Res judicata – Health Insurance Act, S.Q. 1970, c. 37, ss. 12, 13 – Supplemental Pension Plans Act, S.Q. 1965, c. 25, s. 8 – Professional Syndicates Act, R.S.Q. 1964, c. 146, as am. by S.Q. 1965, c. 51, ss. 9, 13a – Civil Code, art. 1241 – Code of Civil Procedure, arts. 847, 850.

Great Atlantic and Pacific Tea Co. Ltd. v. The Queen..... 670

Taxation – Income tax – Income calculation – Transitional provisions – Allowable refund – Non-resident-owned corporation – Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, as amended by 1970-71-72 (Can.), c. 63, ss. 133(6), 133(8)(a),(d), 133(9)(a),(b), 164(3), (4), (5).

Gulf Oil Canada Ltd. et al. v. Poulin..... 669

Insurance – Motor vehicle insurance – First loss insurance – The Insurance Act, R.S.O. 1970, c. 224, ss. 215, 239(1).

Gushue v. The Queen..... 798

Criminal law – Issue estoppel – Acquittal of murder of robbery victim – Subsequent contradictory statement under oath – Conviction of robbery – Conviction for making contradictory statements in judicial proceedings – Criminal Code ss. 124, 302(c).

Irving Oil Ltd. et al. v. Provincial Secretary of New Brunswick..... 787

Taxation – Sales tax – Exemptions – Judicial review – Scope of judicial review – Machinery and apparatus used in manufacture or production of goods for sale or use – Machinery and apparatus as defined by the Minister – Failure of Minister to define – The Social Services and Education Tax Act, R.S.N.B. 1973, c. S-10, s. 11(o).

Jack Cewe Ltd. v. Jorgenson..... 812

Master and servant – Wrongful dismissal – Damages – No deduction for income tax or unemployment insurance benefits.

Nagotcha v. The Queen..... 714

Criminal law – Murder – Evidence – Admissibility of statements – Inculpatory statements made by paranoid schizophrenic – Accused fit to stand trial after treatment – Defence of insanity not raised.

Continued on back cover

SOMMAIRE (Suite)

Fraternité des Policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. c. Ville de Montréal et autre..... 740

Droit du travail – Sentence arbitrale – Incidence de la Loi de l'assurance-maladie et de la Loi des régimes supplémentaires de rentes sur la convention collective – Nullité du règlement du syndicat – Evocation – Chose jugée – Loi de l'assurance-maladie, L.Q. 1970, chap. 37, art. 12, 13 – Loi des régimes supplémentaires de rentes, L.Q. 1965, chap. 25, art. 8 – Loi des syndicats professionnels, S.R.Q. 1964, chap. 146, mod. par L.Q. 1965, chap. 51, art. 9, 13a – Code civil, art. 1241 – Code de procédure civile, art. 847, 850.

Great Atlantic and Pacific Tea Co. Ltd. c. La Reine..... 670

Droit fiscal – Impôt sur le revenu – Calcul du revenu – Dispositions transitoires – Remboursement admissible – Corporation appartenant à des non-résidents – Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, modifiée par 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 133(6), 133(8)a), d), 133(9)a), b), 164(3), (4), (5).

Gulf Oil Canada Ltd. et autre c. Poulin..... 669

Assurance – Assurance automobile – Assurance au premier risque – The Insurance Act, R.S.O. 1970, chap. 224, art. 215, 239(1).

Gushue c. La Reine..... 798

Droit criminel – Chose jugée comme fin de non-recevoir – Acquiescement quant au meurtre de la victime du vol qualifié – Déclaration contradictoire sous serment – Condamnation pour vol qualifié – Condamnation pour déclarations contradictoires dans des procédures judiciaires – Code criminel, art. 124, 302c).

Irving Oil Ltd. et autres c. Secrétaire provincial du Nouveau Brunswick..... 787

Droit fiscal – Taxe de vente – Exemptions – Examen judiciaire – Etendue de l'examen judiciaire – Machines et appareils servant à la fabrication ou à la production de marchandises destinées à la vente ou à l'usage – Machines et appareils que le Ministre détermine – Absence de définition du Ministre – Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation, L.R.N.-B. 1973, chap. S-10, art. 11o).

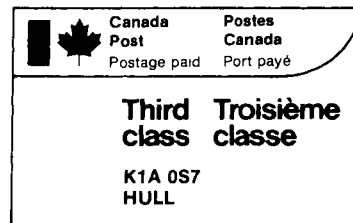
Jack Cewe Ltd. c. Jorgenson..... 812

Employeur et employé – Renvoi injustifié – Dommages-intérêts – Aucune déduction pour l'impôt sur le revenu ni pour les prestations d'assurance-chômage.

Nagotcha c. La Reine..... 714

Droit criminel – Meurtre – Preuve – Admissibilité des déclarations – Déclarations incriminantes faites par un schizophrène paranoïaque – Accusé capable de subir son procès après traitement – Défense d'aliénation pas invoquée.

Suite à la page 4 de la couverture



If undelivered, return COVER ONLY to:
 Canadian Government Printing Office,
 Supply and Services Canada,
 45 Sacré-Coeur Boulevard,
 Hull, Québec, Canada, K1A 0S7

En cas de non-livraison,
 retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
 Imprimerie du gouvernement canadien,
 Approvisionnement et Services Canada,
 45, boulevard Sacré-Coeur,
 Hull, Québec, Canada, K1A 0S7

CONTENTS (Concluded)

SOMMAIRE (Fin)

Olson v. The Queen..... 808

Criminal law – Application for writ of habeas corpus ad subjiciendum – Court of Appeal reducing sentences of imprisonment to terms of less than two years – Sentences imposed on appellant made before expiration of sentence of imprisonment in a penitentiary – Warrants of committal directing imprisonment in a correctional institution result of administrative error – Appellant properly convicted and sentenced, and required to serve his sentences in a penitentiary – Criminal Code, s. 659(2).

Olson c. La Reine..... 808

Droit criminel – Demande de bref d’habeas corpus ad subjiciendum – Réduction des sentences d’incarcération à moins de deux ans par la Cour d’appel – Sentences imposées à l’appellant avant l’expiration d’une sentence d’incarcération au pénitencier – Mandats de dépôt ordonnant l’incarcération dans une institution correctionnelle suite à une erreur administrative – Appellant régulièrement déclaré coupable et condamné et obligé de purger ses sentences au pénitencier – Code criminel, art. 659(2).

Palmer et al. v. The Queen..... 759

Criminal law – Appellants convicted of conspiring to traffic in heroin – Subsequent declarations by principal Crown witness asserting his trial evidence untrue – Refusal of Court of Appeal to admit this new evidence – No error in law on part of Court of Appeal – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 610(1)(d).

Palmer et autre c. La Reine 759

Droit criminel – Appellants déclarés coupables de complot pour faire le trafic d’héroïne – Déclarations ultérieures du principal témoin à charge quant à son faux témoignage au procès – Refus de la Cour d’appel d’admettre ce nouvel élément de preuve – Aucune erreur de droit de la Cour d’appel – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 610(1)d).

R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et al..... 695

Courts – Federal Court – Jurisdiction – Third party proceedings by the Crown – Not based on federal law – The British North America Act, 1867, s. 101 – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(4) – Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38 – The Negligence Act, R.S.O. 1970, c. 296, s. 2.

R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et autre 695

Tribunaux – Cour fédérale – Compétence – Procédures de mise en cause intentées par Sa Majesté – Non fondées sur le droit fédéral – Acte de l’Amérique du Nord britannique, 1867, art. 101 – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 17(4) – Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, chap. C-38 – The Negligence Act, R.S.O. 1970, chap. 296, art. 2.



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 5, 1980 Vol. 1

5^e cahier, 1980 Vol. 1

Cited as [1980] 1 S.C.R. 821-1030

Renvoi [1980] 1 R.C.S. 821-1030

William (Billy) Solosky (*Plaintiff*)
Appellant;

and

Her Majesty The Queen (*Defendant*)
Respondent.

1979: June 13; 1979: December 21.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Prisons — Censorship of prisoners' mail — Right of prison inmates to communicate in confidence with their solicitors — Solicitor-client privilege — Inmate failing to establish entitlement to a declaration — Penitentiary Service Regulations, SOR/62-90 — Canadian Bill of Rights, 1960(Can.), c. 44, ss. 1(b), (d), 2(c)(ii).

The appellant, imprisoned at Millhaven Institution, commenced an action in the Federal Court of Canada for a declaration that "properly identified items of correspondence directed to and received from his solicitor shall henceforth be regarded as privileged correspondence and shall be forwarded to their respective destinations unopened". The action was dismissed and on appeal to the Federal Court of Appeal the pleadings were amended to request a declaration "... that henceforth all properly identified items of solicitor-client correspondence should be forwarded to their respective destinations unopened". The appeal failed, and at the opening of the appeal in this Court counsel for the appellant moved to substitute, for the prayer for relief in the statement of claim, a declaration that the order of the Director of Millhaven Institution that the appellant's mail be opened and read "insofar as it has been applied to mail originating from his solicitor David Cole, and to mail written by the Plaintiff to his solicitor David Cole, is not authorized by law".

In accordance with the *Penitentiary Act*, R.S.C. 1970, c. P-6, and Regulations thereunder, an institutional head of a penitentiary may order censorship of inmate correspondence to the extent considered necessary or desirable for the rehabilitation of the inmate or the security of the institution. The main ground upon which the appellant rested his case was solicitor-client privilege.

Held: The appeal should be dismissed.

William (Billy) Solosky (*Demandeur*)
Appelant;

et

Sa Majesté La Reine (*Défenderesse*) *Intimée.*

1979: 13 juin; 1979: 21 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Prisons — Censure du courrier des prisonniers — Droit des détenus de communiquer en confiance avec leurs avocats — Privilège entre avocat et client — Détenu ne réussissant pas à établir son droit à un jugement déclaratoire — Règlement sur le service des pénitenciers, DORS/62-90 — Déclaration canadienne des droits, 1960 (Can.), chap. 44, art. 1b), d), 2c)(ii).

L'appelant, détenu à l'institution de Millhaven, a intenté une action en Cour fédérale du Canada afin d'obtenir un jugement déclaratoire portant que «la correspondance valablement identifiée comme adressée à son avocat et reçue de ce dernier soit désormais considérée comme communication privilégiée et soit remise aux destinataires concernés sans être ouverte». L'action a été rejetée et en appel à la Cour d'appel fédérale, les procédures écrites ont été modifiées afin d'obtenir un jugement déclaratoire portant «... que désormais, toute la correspondance valablement identifiée comme échangée entre l'avocat et son client soit remise aux destinataires concernés sans être ouverte». L'appel a échoué et au début de l'audition devant cette Cour, l'avocat de l'appelant a demandé que le redressement requis dans la déclaration soit remplacé par un jugement déclaratoire portant que l'ordre du directeur de l'institution de Millhaven d'ouvrir et de lire le courrier de l'appelant «quand il a été appliqué au courrier provenant de son avocat, M^e David Cole, et à celui expédié par le demandeur à son avocat, M^e David Cole, n'est pas légal».

Conformément à la *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1970, chap. P-6, et à son règlement d'application, le chef d'une institution pénitentiaire peut ordonner la censure de la correspondance des détenus selon les modalités tenues pour nécessaires ou utiles à la réadaptation du détenu ou à la sécurité de l'institution. Le moyen principal sur lequel l'appelant se fonde est le privilège entre avocat et client.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Contrary to the views expressed by the Court below, the important issues raised in this case should not be determined by the particular form of wording employed in the prayer for relief, or on the basis that the question is hypothetical.

There could be no doubt that there was a real, and not a hypothetical, dispute between the parties. The declaration sought was a direct and present challenge to the censorship order of the Director of Millhaven Institute. That order, so long as it continues, from the past through the present and into the future, is in controversy. The fact that a declaration today cannot cure past ills, or may affect future rights, cannot of itself, deprive the remedy of its potential utility in resolving the dispute over the Director's continuing order. Once one accepts that the dispute is real and that the granting of judgment is discretionary, then the only further issue is whether the declaration is capable of having any practical effect in resolving the issues in the case. The determination of the right of prison inmates to correspond, freely and in confidence with their solicitors, is of great practical importance, although, admittedly, any such determination relates to correspondence not yet written. However poorly framed the prayer for relief may be, even as twice amended, the present claim was clearly directed to the procedures for handling prison mail and the invocation in relation thereto of solicitor-client privilege.

Recent case law has taken the traditional doctrine of solicitor-client privilege and placed it on a new plane. Privilege is no longer regarded merely as a rule of evidence which acts as a shield to prevent privileged materials from being tendered in evidence in a court room. The courts, unwilling to so restrict the concept, have extended its application well beyond those limits. However, while there is no question that the Canadian courts have been moving towards a broader concept of solicitor-client privilege, the concept has not been stretched far enough to save the appellant's case. Although there has been a move away from treating solicitor-client privilege as a rule of evidence that can only be asserted at the time the privileged material is sought to be introduced as evidence, the move from rigid temporal restrictions has not gone as far as the appellant contends. The appellant's suggestion that privilege has come to be recognized as a "fundamental principle", more properly characterized as a "rule of property", was not accepted. Without the evidentiary connection, which the law now requires, the privilege cannot be invoked.

Contrairement à l'opinion exprimée par la cour d'instance inférieure, les questions importantes soulevées dans cette affaire ne doivent pas dépendre de l'énoncé particulier de la demande de redressement, ni de l'argument que la question est hypothétique.

Il ne fait aucun doute qu'il existe entre les parties un litige réel et non un litige hypothétique. Le jugement déclaratoire sollicité attaque directement et maintenant l'ordre de censure du directeur de l'institution de Millhaven. Cet ordre, tant qu'il reste en vigueur, du passé au présent et dans l'avenir, est contesté. Le fait qu'un jugement déclaratoire accordé aujourd'hui ne puisse réparer les maux passés ou puisse toucher aux droits futurs, ne prive pas le recours de son utilité potentielle dans la solution du litige découlant de l'ordre permanent du directeur. Une fois admis qu'il existe un litige réel et qu'accorder un jugement est discrétionnaire, alors la seule autre question à résoudre est de savoir si le jugement déclaratoire est à même de régler, de façon pratique, les questions en l'espèce. Déterminer le droit d'un détenu de correspondre librement et en confiance avec son avocat est d'une importance pratique considérable même si, de l'aveu général, pareille détermination se rapporte à de la correspondance non encore écrite. Aussi mal rédigée que puisse être la demande de redressement, même avec ses deux modifications, la présente réclamation vise clairement les procédures de traitement du courrier en prison et le recours à cet égard au privilège entre avocat et client.

Une jurisprudence récente a placé la doctrine traditionnelle du privilège entre avocat et client sur un plan nouveau. Le privilège n'est plus considéré seulement comme une règle de preuve qui fait fonction d'écran pour empêcher que des documents privilégiés ne soient produits en preuve dans une salle d'audience. Les tribunaux, peu disposés à restreindre ainsi la notion, ont élargi son application bien au-delà de ces limites. Cependant, même s'il ne fait aucun doute que les tribunaux canadiens s'orientent vers une notion plus large du privilège entre avocat et client, la notion n'a pas été suffisamment étendue pour donner gain de cause à l'appellant. Bien qu'il y ait eu un mouvement qui tende à éloigner le privilège entre avocat et client de la règle de preuve qui ne peut être invoquée qu'au moment où l'on tente de produire des documents privilégiés, cet éloignement des restrictions temporelles rigides ne va pas aussi loin que le prétend l'appellant. L'allégation de l'appellant que le privilège est maintenant reconnu comme un «principe fondamental» plus justement qualifié de «règle de propriété», n'est pas acceptée. A défaut du lien avec la preuve, actuellement exigé en droit, le privilège ne peut être invoqué.

The statutory disciplinary régime, described in this case, does not derogate from the common law doctrine of solicitor and client privilege, as presently conceived, but the appellant was seeking in this appeal something well beyond the limits of the privilege, even as amplified in modern cases.

In aid of his main submission, appellant argued faintly that the *Penitentiary Service Regulations* and Commissioner's Directive should not be construed and applied so as to abrogate, abridge, or infringe any of the rights or freedom recognized in the *Canadian Bill of Rights* by s. 1(b) (the right of the individual to equality before the law and the protection of the law), 1(d) (freedom of speech) and 2(c)(ii) (the right of a person arrested or detained to retain and instruct counsel without delay). This argument also failed.

One could depart from the current concept of privilege and approach the case on the broader basis that (i) the right to communicate in confidence with one's legal adviser is a fundamental civil and legal right, founded upon the unique relationship of solicitor and client, and (ii) a person confined to prison retains all of his civil rights, other than those expressly or impliedly taken from him by law. In that context, the Court was faced with the interpretation of the *Penitentiary Service Regulations* and Commissioner's Directive No. 219.

It was submitted there are three alternative interpretations of the scope of Regulations 2.17 and 2.18 which may govern the extent of the authority of the institutional head in dealing with an envelope which appears to have originated from a solicitor, or to be addressed to a solicitor, in circumstances where the institutional head has reason to believe that the unrestricted and unexamined passage of mail to or from the particular inmate in question represents a danger to the safety and security of the institution. The third such interpretation was as follows: "he may order that the envelope be subject to opening and examination to the minimum extent necessary to establish whether it is properly the subject of solicitor-client privilege". This alternative represents that interpretation of the scope of the Regulations which permits to an inmate the maximum opportunity to communicate with his solicitor through the mails that is consistent with the requirement to maintain the safety and security of the institution.

The "minimum extent necessary to establish whether it is properly the subject of solicitor-client privilege" should be interpreted in such manner that (i) the contents of an envelope may be inspected for contraband;

Le régime disciplinaire établi par la législation, et décrit dans cette affaire, ne déroge pas à la doctrine de *common law* portant sur le privilège entre avocat et client, dans sa conception actuelle, mais l'appelant cherche en l'espèce quelque chose qui va bien au-delà des limites du privilège malgré l'élargissement que lui ont donné les décisions récentes.

A l'appui de son allégation principale, l'appelant a fait timidement valoir que le *Règlement sur le service des pénitenciers* et la directive du Commissaire ne doivent pas être interprétés et appliqués de manière à supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou libertés reconnus dans la *Déclaration canadienne des droits* aux termes de l'al. 1b) (le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi), de l'al. 1d) (la liberté de parole) et du sous-al. 2c)(ii) (le droit d'une personne arrêtée ou détenue de retenir et constituer un avocat sans délai). Cet argument échoue également.

On peut s'écarter de la notion actuelle du privilège et aborder l'affaire dans une optique plus large, savoir, (i) le droit de communiquer en confidence avec son conseiller juridique est un droit civil fondamental, fondé sur la relation exceptionnelle de l'avocat avec son client et (ii) une personne emprisonnée conserve tous ses droits civils autres que ceux dont elle a été expressément ou implicitement privée par la loi. Dans ce contexte, la Cour fait face à l'interprétation du *Règlement sur le service des pénitenciers* et de la directive du Commissaire n° 219.

On a fait valoir trois interprétations possibles de la portée des art. 2.17 et 2.18 du Règlement qui peuvent déterminer l'étendue du pouvoir du chef d'une institution face à une enveloppe qui paraît provenir d'un avocat ou lui être adressée, dans les cas où il a des motifs de croire que la transmission sans restriction et sans examen du courrier adressé à un détenu en particulier ou envoyé par ce dernier présente un risque pour la sécurité et la sûreté de l'institution. La troisième de ces interprétations est qu'il peut ordonner que l'enveloppe soit ouverte et examinée dans la mesure minimale jugée nécessaire pour établir si son contenu relève effectivement du privilège entre avocat et client. C'est l'interprétation de la portée du Règlement qui donne à un détenu le maximum de possibilités de communiquer avec son avocat par courrier, tout en étant compatible avec le maintien de la sécurité de l'institution.

La « mesure minimale jugée nécessaire pour établir si son contenu relève effectivement du privilège entre avocat et client » doit être interprétée de manière que (i) le contenu d'une enveloppe puisse être inspecté pour

(ii) in limited circumstances, the communication may be read to ensure that it, in fact, contains a confidential communication between solicitor and client written for the purpose of seeking or giving legal advice; (iii) the letter should only be read if there are reasonable and probable grounds for believing the contrary, and then only to the extent necessary to determine the *bona fides* of the communication; (iv) the authorized penitentiary official who examines the envelope, upon ascertaining that the envelope contains nothing in breach of security, is under a duty at law to maintain the confidentiality of the communication.

Per Estey J.: As to the above item (iii) in the catalogue of considerations in the interpretation of the expression "minimum extent necessary to establish whether it is properly the subject of solicitor-client privilege", any procedure adopted with reference to the scrutiny of letters passing from solicitor to client should, wherever reasonably possible, recognize the solicitor-client privilege long established in the law.

[*Mellstrom v. Garner*, [1970] 1 W.L.R. 603, distinguished; *Russian Commercial and Industrial Bank v. British Bank for Foreign Trade Ltd.*, [1921] 2 A.C. 438; *Pyx Granite Co. v. Ministry of Housing and Local Government*, [1958] 1 Q.B. 554; *Pharmaceutical Society of Great Britain v. Dickson*, [1970] A.C. 403; *Re Director of Investigation and Research and Shell Canada Ltd.* (1975), 22 C.C.C. (2d) 70; *Greenough v. Gaskell* (1833), 39 E.R. 618; *Anderson v. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. 644; *Re Director of Investigation and Research and Canada Safeway Ltd.* (1972), 26 D.L.R. (3d) 745; *Re Presswood et al. and International Chemalloy Corp.* (1975), 65 D.L.R. (3d) 228; *Re Borden and Elliot and The Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337; *Re BX Development Inc. and The Queen* (1976), 31 C.C.C. (2d) 14; *Re B and The Queen* (1977), 36 C.C.C. (2d) 235, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹, dismissing an appeal from a judgment of Addy J. who dismissed the appellant's application for a declaration. Appeal dismissed.

Ronald Price, Q.C., and *David P. Cole*, for the appellant.

¹ [1978] 2 F.C. 632, 86 D.L.R. (3d) 316.

déceler la contrebande, (ii) dans des cas limités, la communication puisse être lue pour s'assurer qu'elle renferme effectivement une communication à caractère confidentiel entre l'avocat et son client aux fins de consultation ou d'avis juridiques; (iii) la lettre ne soit lue que s'il existe des motifs raisonnables et probables de croire le contraire et, dans ce cas, uniquement dans la mesure nécessaire pour déterminer la bonne foi de la communication; (iv) le fonctionnaire compétent du pénitencier qui examine l'enveloppe, après s'être assuré que cette dernière ne renferme rien qui enfreigne la sécurité, ait l'obligation légale de garder la communication confidentielle.

Le juge Estey: Quant au point (iii) susmentionné et figurant dans la liste des considérations afférentes à l'interprétation de la phrase «dans la mesure minimale jugée nécessaire pour établir si son contenu relève effectivement du privilège entre avocat et client», toute procédure visant l'examen de lettres échangées entre un avocat et son client devrait, lorsque c'est raisonnablement possible, reconnaître le privilège entre avocat et client depuis longtemps ancré dans nos principes de droit.

[Jurisprudence: distinction faite avec l'arrêt *Mellstrom v. Garner*, [1970] 1 W.L.R. 603; *Russian Commercial and Industrial Bank v. British Bank for Foreign Trade Ltd.*, [1921] 2 A.C. 438; *Pyx Granite Co. v. Ministry of Housing and Local Government*, [1958] 1 Q.B. 554; *Pharmaceutical Society of Great Britain v. Dickson*, [1970] A.C. 403; *In re le Directeur des enquêtes et recherches et Shell Canada Ltd.* (1975), 22 C.C.C. (2d) 70; *Greenough v. Gaskell* (1833), 39 E.R. 618; *Anderson v. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. 644; *Re Director of Investigation and Research and Canada Safeway Ltd.* (1972), 26 D.L.R. (3d) 745; *Re Presswood et al. and International Chemalloy Corp.* (1975), 65 D.L.R. (3d) 228; *Re Borden and Elliot and The Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337; *Re BX Development Inc. and The Queen* (1976), 31 C.C.C. (2d) 14; *Re B and The Queen* (1977), 36 C.C.C. (2d) 235.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹ qui a rejeté un appel interjeté du jugement du juge Addy, qui avait rejeté la demande de jugement déclaratoire de l'appellant. Pourvoi rejeté.

Ronald Price, c.r., et *David P. Cole*, pour l'appellant.

¹ [1978] 2 C.F. 632, 86 D.L.R. (3d) 316.

E. Bowie and J.-Paul Malette, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Pratte and McIntyre JJ. was delivered by

DICKSON J.—This case concerns the censorship of prisoners' mail and the right of an inmate of a federal penitentiary to communicate in confidence with his solicitor. The appellant, imprisoned at Millhaven Institution, commenced an action in the Federal Court for a declaration that "properly identified items of correspondence directed to and received from his solicitor shall henceforth be regarded as privileged correspondence and shall be forwarded to their respective destinations unopened".

I

Prison Disciplinary Regime

The penitentiary authorities rely upon the following statutes and Regulations as authorizing restrictions upon the personal correspondence of prison inmates. Section 660(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, provides that a sentence of imprisonment shall be served in accordance with the enactments and rules that govern the institution to which the prisoner is sentenced. Section 29(1) of the *Penitentiary Act*, R.S.C. 1970, c. P-6, empowers the Governor in Council to make regulations for the custody, treatment, training, employment, and discipline of inmates, and, generally, for carrying into effect the purposes and provisions of the *Penitentiary Act*. Section 29(3) authorizes the Commissioner of Penitentiaries to make rules, known as Commissioner's directives, for the custody, treatment, training, employment, and discipline of inmates, and the good government of penitentiaries.

Pursuant to the foregoing, *Penitentiary Service Regulations* SOR/62-90, were passed, which provide in part, as follows:

E. Bowie et J.-Paul Malette, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Laskin et des juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Pratte et McIntyre rendu par

LE JUGE DICKSON—Cette affaire porte sur la censure du courrier des prisonniers et sur le droit d'un détenu d'un pénitencier fédéral de communiquer en confidence avec son avocat. L'appelant, détenu à l'institution de Millhaven, a intenté une action en Cour fédérale afin d'obtenir un jugement déclaratoire portant que [TRADUCTION] «la correspondance valablement identifiée comme adressée à son avocat et reçue de ce dernier soit désormais considérée comme communication privilégiée et soit remise aux destinataires concernés sans être ouverte».

I

Le régime disciplinaire en milieu carcéral

Les autorités pénitentiaires tirent leur pouvoir d'imposer des restrictions à la correspondance personnelle des détenus des lois et du Règlement qui suivent. Le paragraphe 660(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, prévoit qu'une sentence d'emprisonnement doit être purgée conformément aux dispositions et règles qui régissent l'institution où le prisonnier est incarcéré. Le paragraphe 29(1) de la *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1970, chap. P-6, donne au gouverneur en conseil le pouvoir d'édicter des règlements relatifs à la garde, au traitement, à la formation, à l'emploi et à la discipline des détenus et, de façon générale, à la réalisation des objets de la *Loi sur les pénitenciers* et à l'application de ses dispositions. Le paragraphe 29(3) donne au Commissaire des pénitenciers le pouvoir d'établir des règles, connues sous le nom d'Instructions du commissaire, concernant la garde, le traitement, la formation, l'emploi et la discipline des détenus et la direction judiciaire des pénitenciers.

Le *Règlement sur le service des pénitenciers*, DORS/62-90, a été adopté en application des dispositions qui précèdent. Il prévoit notamment ce qui suit:

Institutional Heads

- 1.12(1) The institutional head is responsible for the direction of his staff, the organization, safety and security of his institution and the correctional training of all inmates confined therein.

Visiting and Correspondence

- 2.17 The visiting and correspondence privileges that may, in accordance with directives, be permitted to inmates shall be such as are, in all the circumstances, calculated to assist in the reformation and rehabilitation of the inmate.

Censorship

- 2.18 In so far as practicable the censorship of correspondence shall be avoided and the privacy of visits shall be maintained, but nothing herein shall be deemed to limit the authority of the Commissioner to direct or the institutional head to order censorship of correspondence or supervision of visiting to the extent considered necessary or desirable for the reformation and rehabilitation of inmates or the security of the institution.

It will be observed then that the Regulations, the validity of which are not challenged by the appellant, expressly recognize the authority of the institutional head of a penitentiary to order censorship of inmate correspondence to the extent considered necessary or desirable for the security of the institution. These Regulations are implemented by Commissioner's Directive No. 219 (as amended following the date of issuance of the statement of claim in these proceedings, but prior to the date of trial). The following paragraphs are pertinent to the present inquiry:

Directive

5. a. Penitentiary staff shall promote and facilitate correspondence between inmates and their families, friends, and other individuals and agencies who can be expected to make a contribution to the inmate's rehabilitation within the institution and to assist in his subsequent and eventual return to the community.
- c. Subject to the provisions of paragraph 14 every inmate shall be permitted to correspond with any

Chefs d'institutions

- 1.12(1) Le chef d'institution est responsable de la direction de son personnel, de l'organisation, de la sûreté et de la sécurité de son institution, y compris la formation disciplinaire des détenus qui y sont incarcérés.

Visites et correspondance

- 2.17 Les privilèges concernant les visiteurs et la correspondance, qui peuvent conformément aux directives être accordés aux détenus, doivent être tels qu'en toutes circonstances ils contribuent à la rééducation et à la réadaptation du détenu.

Censure

- 2.18 Dans la mesure où cela est pratique, la censure de la correspondance doit être évitée et l'intimité des visites doit être respectée, mais rien aux présentes ne doit être considéré comme limitant l'autorité du Commissaire de régler, ou du chef d'une institution d'ordonner, la censure de la correspondance ou la surveillance des visites selon les modalités tenues pour nécessaires ou utiles à la rééducation et à la réadaptation des détenus ou à la sécurité de l'institution.

Il convient de noter que le Règlement, dont la validité n'est pas contestée par l'appellant, reconnaît expressément le pouvoir du chef d'une institution pénitencière d'ordonner la censure de la correspondance des détenus selon les modalités tenues pour nécessaires ou utiles à la sécurité de l'institution. La Directive du commissaire n° 219 (modifiée postérieurement à la date de la signification de la déclaration dans les présentes procédures mais antérieurement à la date de l'instruction) met en application ce règlement. Les alinéas suivants s'appliquent en l'espèce:

Directive

5. a. La correspondance entre les détenus et leurs parents, leurs amis et les autres personnes et organismes doit être encouragée par le personnel pénitencière lorsque la communication est nécessaire ou désirable, et spécialement lorsque l'on croit qu'elle peut contribuer à la réadaptation du détenu.
- c. Sous réserve du paragraphe 14, chaque détenu sera autorisé à correspondre avec qui il voudra et

person, and shall be responsible for the contents of every article of correspondence of which he is the author. There shall be no restriction to the number of letters sent or received by inmates, unless it is evident that there is mass production.

Paragraph 5 d. makes provision for inspection for contraband, in these terms:

- d. Subject to the provisions of paragraph 8, every item of correspondence to or from an inmate may be opened by institutional authorities for inspection for contraband.

Censorship, dealt with in para. 7, is defined as any examination (other than for the express purpose of searching for contraband) and includes the reading, reproducing, extracting, or withdrawing of inmate correspondence. Paragraph 7 b. makes the point that censorship in any form is to be avoided, but reserves to the Commissioner of Penitentiaries and to the Institutional Director the authority to censor for one of two purposes, the rehabilitation of the inmate, or the security of the institution. Paragraph 7 b. reads:

Censorship of correspondence in any form shall be avoided, but nothing herein shall be deemed to limit the authority of the Commissioner to direct, or the Institutional Director to order, censorship of correspondence in any form, to the extent considered necessary or desirable for the rehabilitation of the inmate or the security of the institution. (PSR 2.18). Any form of censorship shall be undertaken only with the approval of the Institutional Director.

The Directive seeks to maintain the confidentiality of the contents of correspondence. Paragraph 7 c. states that only authorized staff shall be allowed to read inmate mail, when necessary, and further provides that no comments, other than those required for official duties, shall be made to other members of the staff on the contents of the correspondence.

Paragraph 8 of Directive 219 speaks of "privileged correspondence", defined as "properly identified and addressed items directed to and received from" any of a lengthy list of persons including, among others, members of the Senate, members of the House of Commons, members of provincial

sera responsable du contenu de chaque envoi qu'il expédiera. Aucune restriction ne sera imposée quant au nombre de lettres envoyées ou reçues par les détenus, à moins qu'il ne soit évident qu'il y ait production en masse.

L'alinéa 5 d. prévoit l'inspection de la correspondance pour prévenir la contrebande:

- d. Sous réserve du paragraphe 8, chaque pièce de correspondance envoyée ou reçue par un détenu peut être ouverte par la direction de l'institution qui est chargée de prévenir l'introduction d'objets de contrebande.

La censure signifie, aux termes du par. 7, tout examen (autre que dans le but exprès de chercher des objets de contrebande) et comprend la lecture, la reproduction, l'extraction ou l'interception de la correspondance des détenus. L'alinéa 7 b. établit la règle que la censure, sous quelque forme qu'elle soit, doit être évitée, mais réserve au Commissaire des pénitenciers et au directeur de l'institution le pouvoir de censurer dans l'un des deux buts suivants, la réadaptation sociale du détenu ou la sécurité de l'institution. L'alinéa 7 b. se lit comme suit:

On évitera de censurer la correspondance sous quelque forme qu'elle soit, mais rien dans la présente ne sera considéré comme limitant l'autorité du Commissaire ou du directeur de l'institution d'ordonner la censure de la correspondance sous quelque forme qu'elle soit, lorsque cette mesure sera jugée nécessaire ou souhaitable pour la réadaptation sociale du détenu ou la sécurité de l'institution (art. 2.18 du RSP). Toute forme de censure ne sera entreprise que sur l'approbation du directeur de l'institution.

La directive cherche à maintenir le caractère confidentiel du contenu de la correspondance. L'alinéa 7 c. prévoit que seul le personnel autorisé pourra lire le courrier des détenus, si nécessaire, et prévoit en outre qu'aucune observation sur son contenu autre que celles que commande l'exercice de fonctions officielles ne sera faite à d'autres membres du personnel.

Le paragraphe 8 de la directive n° 219 définit la «correspondance privilégiée» comme celle «se rapportant à des pièces dont les identificateurs et adresses sont indiqués comme il se doit et dont la destination ou la provenance» se rattache à l'une des nombreuses catégories de personnes énumé-

legislatures, and provincial ombudsmen. Conspicuous is the absence of any reference to inmates' legal representatives. Privileged correspondence is forwarded to the addressee unopened with the proviso that in exceptional cases, where institutional staff suspect contraband in such privileged correspondence, the Commissioner's approval shall be obtained before it is opened. Paragraph 8 clearly countenances the maintenance of uncensored channels of mail for complaints and grievances. But the restricted listing of destinations assures that the channels through which grievances pass are limited to internal procedures (Solicitor General, Commissioner of Penitentiaries, Correctional Investigator) or political outlets (Members of Parliament and Senators). Lawyers are mentioned in paragraph 10 c. of Directive No. 219, "Use of Telephone and Telegraph", which reads:

- c. In urgent cases where lawyers call their inmate clients, and wish to communicate privately with them, the institutional authorities shall ask the lawyer to leave his name and telephone number and, following verification of the lawyer's identity, a call shall originate from the institution.

For the purposes of trial, an agreed statement of facts was filed. Paragraphs 4 and 5 of the statement are in the following terms:

4. Pursuant to section 6 paragraph (b) [s. 7(b), as amended,] of Directive No. 219, John Dowsett, Director of Millhaven Institution has ordered that William (Billy) Solosky's mail be opened and read. This order has been applied to mail originating from his solicitor David Cole.

5. William (Billy) Solosky's mail is being read because it is John Dowsett's opinion that William (Billy) Solosky's conduct, activities and attitude cause him to believe that attention should be paid to his incoming and outgoing correspondence. Those letters which are deemed to be significant with respect to the security of the institution are being brought to the attention of John Dowsett.

Paragraph 5 of the statement of defence clarifies any obscurity in para. 5 of the agreed statement of facts. The statement of defence reads "The security of the Millhaven Institution has required that the Plaintiff's mail be opened."

rées, notamment, les sénateurs, les députés fédéraux, les députés provinciaux et les ombudsmans provinciaux. L'absence de toute mention des conseillers juridiques des détenus est frappante. La correspondance privilégiée est envoyée au destinataire sans avoir été ouverte sous réserve qu'en des cas exceptionnels où le personnel de l'établissement soupçonne qu'un envoi privilégié contient des objets de contrebande, on obtienne l'approbation du Commissaire avant de l'ouvrir. Le paragraphe 8 consacre clairement le maintien de canaux non censurés pour la correspondance relative aux plaintes et aux griefs; mais l'énumération restreinte des destinataires assure que les canaux empruntés par les griefs débouchent seulement sur les procédures internes (Solliciteur général, Commissaire des pénitenciers, Enquêteur correctionnel) ou les politiciens (députés et sénateurs). L'alinéa 10 c. de la directive n° 219, intitulé «Usage du téléphone et du télégraphe», fait mention des avocats:

- c. Dans des cas urgents où des avocats appellent leurs clients détenus et désirent communiquer en privé avec eux, les autorités de l'institution demanderont à l'avocat de laisser son nom et son numéro de téléphone et, après une vérification de l'identité de l'avocat, un appel proviendra de l'institution.

Aux fins du procès, un exposé conjoint des faits a été déposé, dont les par. 4 et 5 se lisent comme suit:

[TRADUCTION] 4. Conformément à l'al. 6b) [al. 7b), modifié] de la directive n° 219, John Dowsett, directeur de l'institution de Millhaven, a ordonné que le courrier de William (Billy) Solosky soit ouvert et lu. Cet ordre a été appliqué au courrier en provenance de son avocat, M^c David Cole.

5. Le courrier de William (Billy) Solosky doit être lu parce que John Dowsett est d'avis que la conduite, les activités et l'attitude de Solosky justifient une surveillance de son courrier à l'envoi et à la réception. Les lettres qui sont réputées présenter un intérêt pour la sécurité de l'établissement sont portées à l'attention de John Dowsett.

Le paragraphe 5 de la défense dissipe toute ambiguïté du par. 5 de l'exposé conjoint des faits. La défense précise que [TRADUCTION] «La sécurité de l'institution de Millhaven exige que le courrier du demandeur soit ouvert.»

II

Judicial History

Mr. Justice Addy, at trial, was of the view that solicitor and client privilege, upon which the appellant founds his case, can only be claimed document by document and that each document is privileged only to the extent it meets the criteria which would support the privilege. Whether a letter does, in fact, contain a privileged communication cannot be determined until it has been opened and read. There is no logical nor legal justification for permitting correspondence which appears to have emanated from, or to be addressed to, a solicitor to enjoy any special aura of protection. Mr. Justice Addy relied upon these propositions in dismissing the appellant's action, with costs. He buttressed his conclusion by the argument that in this situation it would be too easy for a person to obtain envelopes and letterheads bearing the name and title of a real or fictitious solicitor, and equally as easy for a prisoner to camouflage the true identity of an addressee.

The appellant appealed to the Federal Court of Appeal. In that Court, his counsel amended the pleadings to request a declaration "... that henceforth all properly identified items of solicitor-client correspondence should be forwarded to their respective destinations unopened". The revised form of declaration differs little from that appearing in the amended statement of claim. Both are defective, at least to this extent—it is not every item of correspondence passing between solicitor and client to which privilege attaches, for only those in which the client seeks the advice of counsel in his professional capacity, or in which counsel gives advice, are protected. That a privilege may not encompass all solicitor and client communications is clearly illustrated by the correspondence exhibited in the present case. Some of the letters concerned the appellant's parole review. Others merely contained criticism of the administration, information about other inmates, and prison gossip. One letter enclosed a second letter with the request that the second letter be forwarded to a named magazine for publication.

II

L'historique judiciaire

En première instance, le juge Addy était d'avis que le privilège entre avocat et client, sur lequel l'appellant s'appuie en l'espèce, ne peut être invoqué que pour chaque document pris individuellement et qu'un document est privilégié uniquement quand il répond aux critères qui permettent d'appuyer le privilège. On ne peut pas déterminer si une lettre contient effectivement une communication privilégiée avant de l'avoir ouverte et lue. Il n'y a aucune justification logique ou juridique à ce que la correspondance, qui semble provenir d'un avocat ou lui être adressée, jouisse d'une aura protectrice particulière. Le juge Addy s'est fondé sur ces propositions pour rejeter l'action de l'appellant, avec dépens. Il fonde sa conclusion sur l'argument que dans ce cas, il serait trop facile à quiconque de se procurer des enveloppes et du papier à en-tête avec les nom et titre d'un avocat, réel ou imaginaire, et également aussi facile pour un détenu de camoufler l'identité véritable d'un destinataire.

L'appellant a interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale. Son avocat a modifié les procédures écrites afin d'obtenir un jugement déclaratoire portant [TRADUCTION] «... que désormais, toute la correspondance valablement identifiée comme échangée entre l'avocat et son client soit remise aux destinataires concernés sans être ouverte». Cette nouvelle formulation diffère très peu de celle de la déclaration amendée. Les deux sont imparfaites, au moins dans la mesure où le privilège ne se rattache pas à toute la correspondance échangée entre un avocat et son client, car seules sont protégées les communications en vertu desquelles le client consulte son avocat à titre professionnel ou en vertu desquelles ce dernier lui donne un avis. La correspondance produite en l'espèce illustre clairement qu'un privilège ne peut pas englober toutes les communications entre un avocat et son client. Certaines lettres traitent de l'examen de la libération conditionnelle de l'appellant. D'autres contiennent simplement des critiques de l'administration, des renseignements sur d'autres détenus et des potins de la prison. L'une des lettres renferme une seconde lettre avec une note qui en demande la transmission à une revue désignée afin d'y être publiée.

The Federal Court of Appeal dismissed the appeal, holding that a declaration that *all correspondence* between the appellant and his solicitor be declared privileged would extend considerably the ambit of the solicitor-client privilege as it is generally known and understood. To grant the declaration sought would be to give to the appellant an extension of the privilege afforded to the ordinary citizen. As a second ground for rejecting the appeal, the Court held that by issuing an order relating to correspondence not yet written, the court would be granting relief on the basis of purely hypothetical issues, and *in futuro*. Assuming jurisdiction, the case was not one where jurisdiction should be asserted.

III

Declaratory Relief

At the opening of the appeal in this Court, counsel for the appellant moved to substitute, for the prayer for relief in the statement of claim, a declaration that the order of the Director of Millhaven Institution that the appellant's mail be opened and read "insofar as it has been applied to mail originating from his solicitor David Cole, and to mail written by the Plaintiff to his solicitor David Cole, is not authorized by law". The amended form of prayer seems to have been conceived with a view to meeting the point, taken by the Federal Court of Appeal, that the relief earlier sought would relate to letters not yet written.

With great respect for the views expressed in the Federal Court of Appeal, I do not think that the important issues raised in these proceedings should be determined by the particular form of wording employed in the prayer for relief, or on the basis that the question is hypothetical.

Declaratory relief is a remedy neither constrained by form nor bounded by substantive content, which avails persons sharing a legal relationship, in respect of which a 'real issue' concerning the relative interests of each has been raised and falls to be determined.

The principles which guide the court in exercising jurisdiction to grant declarations have been

La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel au motif qu'un jugement qui déclarerait privilégiée *toute la correspondance* échangée entre l'appelant et son avocat élargirait de façon considérable la portée du privilège entre avocat et client tel qu'on le comprend généralement. Accorder la déclaration demandée équivaldrait à donner à l'appelant une extension du privilège dont bénéficie le citoyen ordinaire. Comme second motif de rejet de l'appel, la Cour a conclu qu'en délivrant un ordre relatif à de la correspondance non encore écrite, elle accorderait un redressement fondé sur des questions purement hypothétiques, et pour l'avenir. En supposant que la Cour ait compétence, il ne s'agit pas d'une affaire où elle devrait l'exercer.

III

Le jugement déclaratoire

Au début de l'audition devant cette Cour, l'avocat de l'appelant a demandé que le redressement requis dans la déclaration soit remplacé par un jugement déclaratoire portant que l'ordre du directeur de l'institution de Millhaven d'ouvrir et de lire le courrier de l'appelant [TRADUCTION] «quand il a été appliqué au courrier provenant de son avocat, M^c David Cole, et à celui expédié par le demandeur à son avocat, M^c David Cole, n'est pas légal». Cette modification semble vouloir répondre au point soulevé par la Cour d'appel fédérale que le redressement sollicité auparavant se rapporterait à des lettres non encore écrites.

Avec égards pour l'opinion exprimée en Cour d'appel fédérale, je n'estime pas que les questions importantes soulevées dans ces procédures doivent dépendre de l'énoncé particulier de la demande de redressement, ni de l'argument que la question est hypothétique.

Le jugement déclaratoire est un recours qui n'est pas restreint par la forme ni limité par le fond et qui appartient à des personnes ayant un lien juridique dont découle une «véritable question» à trancher concernant leurs intérêts respectifs.

Les principes qui guident le tribunal dans l'exercice de sa compétence en matière de jugement

stated time and again. In the early case of *Russian Commercial and Industrial Bank v. British Bank for Foreign Trade Ltd.*², in which parties to a contract sought assistance in construing it, the Court affirmed that declarations can be granted where real, rather than fictitious or academic, issues are raised. Lord Dunedin set out this test (at p. 448):

The question must be a real and not a theoretical question, the person raising it must have a real interest to raise it, he must be able to secure a proper contradictor, that is to say, someone presently existing who has a true interest to oppose the declaration sought.

In *Pyx Granite Co. Ltd. v. Ministry of Housing and Local Government*³, (rev'd [1960] A.C. 260, on other grounds), Lord Denning described the declaration in these general terms (p. 571):

... if a substantial question exists which one person has a real interest to raise, and the other to oppose, then the court has a discretion to resolve it by a declaration, which it will exercise if there is good reason for so doing.

The jurisdiction of the court to grant declaratory relief was again stated, in the broadest language, in *Pharmaceutical Society of Great Britain v. Dickson*⁴, a case in which the applicant sought a declaration that a proposed motion of the pharmaceutical society, if passed, would be *ultra vires* its objects and in unreasonable restraint of trade. In the course of his judgment, Lord Upjohn stated, at p. 433:

A person whose freedom of action is challenged can always come to the court to have his rights and position clarified, subject always, of course, to the right of the court in exercise of its judicial discretion to refuse relief in the circumstances of the case.

In the instant case, *Mellstrom v. Garner*⁵, was cited in the Federal Court of Appeal in support of

² [1921] 2 A.C. 438.

³ [1958] 1 Q.B. 554.

⁴ [1970] A.C. 403 (H.L.).

⁵ [1970] 1 W.L.R. 603.

déclaratoire ont été maintes fois exposés. Dans une affaire ancienne *Russian Commercial and Industrial Bank v. British Bank for Foreign Trade Ltd.*², où les parties à un contrat ont demandé une aide pour l'interpréter, la Cour a affirmé qu'un jugement déclaratoire peut être accordé lorsque des questions réelles, et non fictives ou théoriques, sont soulevées. Lord Dunedin a formulé le critère suivant (à la p. 448):

[TRADUCTION] La question doit être réelle et non théorique, celui qui la soulève doit avoir un intérêt réel à le faire et il doit pouvoir présenter un adversaire valable, c'est-à-dire quelqu'un ayant un intérêt véritable à s'opposer à la déclaration sollicitée.

Dans *Pyx Granite Co. Ltd. v. Ministry of Housing and Local Government*³, (inf. [1960] A.C. 260, pour d'autres motifs), lord Denning décrit la nature du jugement déclaratoire en ces termes (p. 571):

[TRADUCTION] ... s'il existe une question de fond que quelqu'un a un intérêt réel à soulever, et quelqu'un d'autre à s'y opposer, alors le tribunal a le pouvoir discrétionnaire de la résoudre par voie de jugement déclaratoire, ce qu'il fera si c'est justifié.

La compétence du tribunal de rendre des jugements déclaratoires a encore été énoncée, en termes très généraux, dans l'arrêt *Pharmaceutical Society of Great Britain v. Dickson*⁴. Dans cette affaire, le requérant sollicitait un jugement portant qu'une proposition de la société pharmaceutique, advenant son adoption, outrepasserait les objets de la société et constituerait une limitation injustifiée du commerce. Lord Upjohn s'est exprimé en ces termes dans son jugement, à la p. 433:

[TRADUCTION] Une personne dont la liberté d'action est contestée peut toujours s'adresser au tribunal afin de faire éclaircir ses droits et sa situation, toujours sous réserve, bien entendu, du droit du tribunal dans l'exercice de sa discrétion judiciaire, de refuser le redressement demandé dans les circonstances de l'affaire.

L'arrêt *Mellstrom v. Garner*⁵, a été cité en Cour d'appel fédérale à l'appui de la proposition que les

² [1921] 2 A.C. 438.

³ [1958] 1 Q.B. 554.

⁴ [1970] A.C. 403 (Ch. L.).

⁵ [1970] 1 W.L.R. 603.

the proposition that courts will not grant declarations regarding the future. There, a chartered accountant and former partner of the defendant sought a declaration as to the true construction of the agreement by which the partnership had been dissolved. The plaintiff asked whether, having regard to a clause in the agreement, he would be in breach were he to solicit clients or business of the 'continuing partners'. Karminski L.J. held that declarations concerning the future ought to be approached with considerable reserve. Since neither the plaintiff nor the defendants had broken the provisions of the clause in question, nor sought to do so, there was no useful purpose to be gained in granting the declaration. The application was dismissed. That is a very different case from the present one.

As Hudson suggests in his article, "Declaratory Judgments in Theoretical Cases: The Reality of the Dispute" (1977), 3 Dal.L.J. 706:

The declaratory action is discretionary and the two factors which will influence the court in the exercise of its discretion are the utility of the remedy, if granted, and whether, if it is granted, it will settle the questions at issue between the parties.

The first factor is directed to the "reality of the dispute". It is clear that a declaration will not normally be granted when the dispute is over and has become academic, or where the dispute has yet to arise and may not arise. As Hudson stresses, however, one must distinguish, on the one hand, between a declaration that concerns "future" rights and "hypothetical" rights, and, on the other hand, a declaration that may be "immediately available" when it determines the rights of the parties at the time of the decision together with the necessary implications and consequences of these rights, known as future rights. (p. 710)

Here there can be no doubt that there is a real and not a hypothetical, dispute between the parties. The declaration sought is a direct and present challenge to the censorship order of the Director of

tribunaux n'accordent pas de jugements déclaratoires sur des questions concernant le futur. Un comptable agréé, ancien associé des défendeurs, y demandait un jugement déclaratoire sur la bonne interprétation de la convention de dissolution de la société. Le demandeur voulait savoir si, vu une clause de la convention, solliciter pour son compte des clients ou des affaires des «associés restants» constituait une violation de la convention. Le lord juge Karminski a conclu que les jugements déclaratoires sur des questions concernant le futur doivent être abordés avec beaucoup de réserve. Puisque ni le demandeur ni les défendeurs n'avaient violé les dispositions de la clause en question ni cherché à le faire, il ne servait à rien d'accorder le jugement déclaratoire. La requête a été rejetée. Cette affaire est très différente de la présente affaire.

Comme le laisse entendre Hudson dans son article intitulé «Declaratory Judgments in Theoretical Cases: The Reality of the Dispute» (1977), 3 Dal.L.J. 706:

[TRADUCTION] Le jugement déclaratoire est de nature discrétionnaire et les deux facteurs qui vont influencer le tribunal dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire sont l'utilité du redressement, s'il est accordé, et la probabilité dans ce cas qu'il puisse régler les questions en litige entre les parties.

Le premier facteur vise la «réalité du litige». Il est clair qu'un jugement déclaratoire n'est normalement pas accordé lorsque le litige est passé et est devenu théorique ou lorsque le litige n'est pas encore né et ne naîtra probablement pas. Toutefois, comme Hudson le souligne, il faut faire la distinction entre d'une part un jugement déclaratoire qui vise des droits «futurs» et des droits «hypothétiques» et, d'autre part, un jugement déclaratoire qui peut être [TRADUCTION] «applicable sur-le-champ» lorsqu'il détermine les droits des parties au moment de la décision ainsi que les implications et conséquences indissociables de ces droits, ce qu'on appelle les «droits futurs». (p. 710)

En l'espèce, il ne fait aucun doute qu'il existe entre les parties un litige réel et non un litige hypothétique. Le jugement déclaratoire sollicité attaque directement et maintenant l'ordre de cen-

Millhaven Institute. That order, so long as it continues, from the past through the present and into the future, is in controversy. The fact that a declaration today cannot cure past ills, or may affect future rights, cannot of itself, deprive the remedy of its potential utility in resolving the dispute over the Director's continuing order.

Once one accepts that the dispute is real and that the granting of judgment is discretionary, then the only further issue is whether the declaration is capable of having any practical effect in resolving the issues in the case.

The determination of the right of prison inmates to correspond, freely and in confidence with their solicitors, is of great practical importance, although, admittedly, any such determination relates to correspondence not yet written.

However poorly framed the prayer for relief may be, even as twice amended, the present claim is clearly directed to the procedures for handling prison mail and the invocation in relation thereto of solicitor-client privilege. It is not directed to the characterization of specific and individual items of correspondence. If the appellant is entitled to a declaration, it is within this Court's discretion to settle the wording of the declaration: see de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (3rd ed. 1973, p. 431). Further, s. 50 of the *Supreme Court Act* allows the Court to make amendments necessary to a determination of the "real issue", without application by the parties.

IV

Solicitor-Client Privilege

As I have indicated, the main ground upon which the appellant rests his case is solicitor-client privilege. The concept of privileged communications between a solicitor and his client has long been recognized as fundamental to the due administration of justice. As Jackett C.J. aptly

sure du directeur de l'institution de Millhaven. Cet ordre, tant qu'il reste en vigueur, du passé au présent et dans l'avenir, est contesté. Le fait qu'un jugement déclaratoire accordé aujourd'hui ne puisse réparer les maux passés ou puisse toucher aux droits futurs, ne prive pas le recours de son utilité potentielle dans la solution du litige découlant de l'ordre permanent du directeur.

Une fois admis qu'il existe un litige réel et qu'accorder un jugement est discrétionnaire, alors la seule autre question à résoudre est de savoir si le jugement déclaratoire est à même de régler, de façon pratique, les questions en l'espèce.

Déterminer le droit d'un détenu de correspondre librement et en confiance avec son avocat est d'une importance pratique considérable même si, de l'aveu général, pareille détermination se rapporte à de la correspondance non encore écrite.

Aussi mal rédigée que puisse être la demande de redressement, même avec ses deux modifications, la présente réclamation vise clairement les procédures de traitement du courrier en prison et le recours à cet égard au privilège entre avocat et client. Elle ne porte pas sur la caractérisation de pièces de correspondance précises et individuelles. Si l'appelant a droit à un jugement déclaratoire, il relève du pouvoir discrétionnaire de cette Cour d'en fixer l'énoncé. Voir de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (3^e ed. 1973, p. 431). De plus, l'art. 50 de la *Loi sur la Cour suprême* donne à la Cour le pouvoir de faire les amendements nécessaires pour statuer sur la «véritable question», sans que demande en ait été faite par les parties.

IV

Le privilège entre avocat et client

Comme je l'ai déjà indiqué, le moyen principal sur lequel l'appelant se fonde est le privilège entre avocat et client. La notion des communications privilégiées entre avocat et client est depuis longtemps reconnue comme essentielle à la bonne administration de la justice. Comme le juge en

stated in *Re Director of Investigation and Research and Shell Canada Ltd.*⁶, at pp. 78-9:

... the protection, civil and criminal, afforded to the individual by our law is dependent upon his having the aid and guidance of those skilled in the law untrammelled by any apprehension that the full and frank disclosure by him of all his facts and thoughts to his legal advisor might somehow become available to third persons so as to be used against him.

The history of the privilege can be traced to the reign of Elizabeth I (see *Berd v. Lovelace*⁷ and *Dennis v. Codrington*⁸). It stemmed from respect for the 'oath and honour' of the lawyer, dutybound to guard closely the secrets of his client, and was restricted in operation to an exemption from testimonial compulsion. Thereafter, in stages, privilege was extended to include communications exchanged during other litigation, those made in contemplation of litigation, and finally, any consultation for legal advice, whether litigious or not. The classic statement of the policy grounding the privilege was given by Brougham L.C. in *Greenough v. Gaskell*⁹, at p. 620:

The foundation of this rule is not difficult to discover. It is not (as has sometimes been said) on account of any particular importance which the law attributes to the business of legal professors, or any particular disposition to afford them protection (though certainly it may not be very easy to discover why a like privilege has been refused to others, and especially to medical advisers).

But it is out of regard to the interests of justice, which cannot be upholden, and to the administration of justice, which cannot go on without the aid of men skilled in jurisprudence, in the practice of the courts, and in those matters affecting rights and obligations which form the subject of all judicial proceedings. If the privilege did not exist at all, every one would be thrown upon his own legal resources. Deprived of all professional assistance, a man would not venture to consult any skilful person, or would only dare to tell his counsellor half his case.

⁶ (1975), 22 C.C.C. (2d) 70, [1975] F.C. 184.

⁷ (1577), 21 E.R. 33.

⁸ (1580), 21 E.R. 53.

⁹ (1833), 39 E.R. 618.

chef Jackett l'a dit avec justesse dans *In re le Directeur des enquêtes et recherches et Shell Canada Ltd.*⁶, aux pp. 78 et 79:

... la protection civile et criminelle, que nos principes de droit accordent à l'individu est subordonnée à l'assistance et aux conseils que l'individu reçoit d'hommes de loi sans aucune crainte que la divulgation pleine et entière de tous ses actes et pensées à son conseiller juridique puisse de quelque façon être connue des tiers de manière à être utilisée contre lui.

L'histoire du privilège remonte au règne d'Élisabeth I (voir *Berd v. Lovelace*⁷ et *Dennis v. Codrington*⁸). Il découle alors du respect [TRA-DUCTION] «du serment et de l'honneur» de l'avocat, tenu de garder étroitement les secrets de son client, et est limité, dans son application, à une exemption de l'obligation de témoigner. Par la suite et progressivement, le privilège est élargi afin d'inclure les communications échangées au cours d'autres litiges, celles faites en vue d'un litige et enfin toute consultation juridique sur une question litigieuse ou non. L'énoncé classique du principe sur lequel repose le privilège a été fait par le lord chancelier Brougham dans *Greenough v. Gaskell*⁹, à la p. 620:

[TRADUCTION] Le fondement de cette règle n'est pas difficile à trouver. Ce n'est ni la conséquence (comme on l'a quelquefois dit) d'une importance particulière que le droit attribue aux affaires des juristes, ni le résultat de dispositions particulières leur accordant une protection (même s'il n'est certes pas tellement facile de voir pourquoi on a refusé le même privilège à d'autres personnes et, plus particulièrement, aux médecins).

Mais c'est en considération des intérêts de la justice, qui ne peuvent être respectés, et de l'administration de la justice, qui ne peut suivre son cours, sans l'aide d'hommes de loi versés dans la théorie générale du droit, les règles de procédure devant les tribunaux et les matières touchant les droits et les obligations, qui font l'objet de toutes les procédures judiciaires. Si le privilège n'existait pas du tout, chacun devrait s'en remettre à ses propres ressources en matière juridique. Privée de toute assistance professionnelle, une personne ne s'aventurerait pas à consulter un spécialiste ou oserait seulement divulguer partiellement l'affaire à son conseil.

⁶ (1975), 22 C.C.C. (2d) 70, [1975] C.F. 184.

⁷ (1577) 21 E.R. 33.

⁸ (1580), 21 E.R. 53.

⁹ (1833), 39 E.R. 618.

The rationale was put this way by Jessel M.R. in *Anderson v. Bank of British Columbia*¹⁰, at p. 649:

The object and meaning of the rule is this: that as, by reason of the complexity and difficulty of our law, litigation can only be properly conducted by professional men, it is absolutely necessary that a man, in order to prosecute his rights or to defend himself from an improper claim, should have recourse to the assistance of professional lawyers, and it being so absolutely necessary, it is equally necessary, to use a vulgar phrase, that he should be able to make a clean breast of it to the gentleman whom he consults with a view to the prosecution of his claim, or the substantiating of his defence against the claim of others; that he should be able to place unrestricted and unbounded confidence in the professional agent, and that the communications he so makes to him should be kept secret, unless with his consent (for it is his privilege, and not the privilege of the confidential agent), that he should be enabled properly to conduct his litigation.

Wigmore [8 Wigmore, *Evidence* (McNaughton rev. 1961) para. 2292] framed the modern principle of privilege for solicitor-client communications, as follows:

Where legal advice of any kind is sought from a professional legal adviser in his capacity as such, the communications relating to the purpose made in confidence by the client are at his instance permanently protected from disclosures by himself or by the legal adviser, except the protection be waived.

There are exceptions to the privilege. The privilege does not apply to communications in which legal advice is neither sought nor offered, that is to say, where the lawyer is not contacted in his professional capacity. Also, where the communication is not intended to be confidential, privilege will not attach, *O'Shea v. Woods*¹¹, at p. 289. More significantly, if a client seeks guidance from a lawyer in order to facilitate the commission of a crime or a fraud, the communication will not be privileged and it is immaterial whether the lawyer is an unwitting dupe or knowing participant. The classic case is *R. v. Cox and Railton*¹², in which Stephen J. had this to say (p. 167): "A communi-

Le maître des rôles Jessel, dans *Anderson v. Bank of British Columbia*¹⁰, à la p. 649, traite de ce principe en ces termes:

[TRADUCTION] L'objet et le sens de la règle sont les suivants: puisqu'en raison de la complexité et de la difficulté de nos principes de droit, seuls des hommes de l'art sont qualifiés pour s'occuper d'un litige, il est absolument nécessaire qu'un homme, pour faire valoir ses droits ou pour se défendre contre une réclamation indue, ait recours à des avocats en titre. Ceci étant absolument nécessaire, il l'est autant, pour reprendre une expression familière, qu'il soit capable de dire ce qu'il a sur le cœur à celui qu'il consulte en vue d'intenter des procédures ou de prouver le bien-fondé de sa défense à l'encontre de la réclamation de tiers; qu'il ait une confiance illimitée dans son mandataire, homme de l'art, et que ses communications à ce dernier soient tenues secrètes, sauf s'il consent à renoncer à son privilège (car il s'agit du sien et non de celui du mandataire), qu'il puisse mener de façon appropriée son litige.

Wigmore [8 Wigmore, *Evidence* (McNaughton rev. 1961) par. 2292] formule comme suit le principe moderne du privilège des communications entre avocat et client:

[TRADUCTION] Lorsque l'on consulte un conseiller juridique en titre, les communications qui se rapportent à la consultation et que le client a faites en confidence font l'objet à son instance d'une protection permanente contre toute divulgation par le client ou le conseiller juridique, sous réserve de la renonciation à cette protection.

Le privilège connaît des exceptions. Il ne s'applique pas aux communications qui n'ont trait ni à la consultation juridique ni à l'avis donné, c'est-à-dire, lorsque l'avocat n'est pas consulté en sa qualité professionnelle. De même, le privilège ne se rattache pas à une communication qui n'est pas censée être confidentielle, *O'Shea v. Woods*¹¹, à la p. 289. Plus significatif, si un client consulte un avocat pour pouvoir perpétrer plus facilement un crime ou une fraude, alors la communication n'est pas privilégiée et il importe peu que l'avocat soit une dupe ou un participant. L'arrêt classique est *R. v. Cox and Railton*¹², où le juge Stephen s'exprime en ces termes (p. 167): [TRADUCTION] «Une

¹⁰ (1876), 2 Ch. 644.

¹¹ [1891] P. 286.

¹² (1884), 14 Q.B.D. 153.

¹⁰ (1876), 2 Ch. 644.

¹¹ [1891] P. 286.

¹² (1884), 14 Q.B.D. 153.

cation in furtherance of a criminal purpose does not 'come in the ordinary scope of professional employment'."

Recent case law has taken the traditional doctrine of privilege and placed it on a new plane. Privilege is no longer regarded merely as a rule of evidence which acts as a shield to prevent privileged materials from being tendered in evidence in a court room. The courts, unwilling to so restrict the concept, have extended its application well beyond those limits. See *Re Director of Investigation and Research and Canada Safeway Ltd.*¹³; *Re Director of Investigation and Research and Shell Canada Ltd.*, *supra*; *Re Presswood et al. and International Chemalloy Corp.*¹⁴; *Re Borden and Elliot and The Queen*¹⁵, (affirmed on other grounds¹⁶; *Re BX Development Inc. and The Queen*¹⁷; *Re B and The Queen*¹⁸.

While there is no question that the Canadian courts have been moving towards a broader concept of solicitor-client privilege, I do not think the concept has been stretched far enough to save the appellant's case. Although there has been a move away from treating solicitor-client privilege as a rule of evidence that can only be asserted at the time the privileged material is sought to be introduced as evidence, the move from rigid temporal restrictions has not gone as far as the appellant contends. In the factum of the appellant, it is suggested that the privilege has come to be recognized as a "fundamental principle", more properly characterized as a "rule of property". The cases cited in support of this proposition, however, all involved search warrants that caught documents to which the privilege unquestionably attached. In those cases, such as *Re Borden & Elliot and The Queen*, *supra*, the search warrant led to the seizure of documents believed "to afford evidence." If privilege were to attach to the documents, then such material could not afford evidence at trial and hence the evidentiary connection remained.

¹³ (1972), 26 D.L.R. (3d) 745 (B.C.S.C.).

¹⁴ (1975), 65 D.L.R. (3d) 228 (Ont. H.C.).

¹⁵ (1975), 30 C.C.C. (2d) 337.

¹⁶ (1975), 30 C.C.C. (2d) 345 (Ont. C.A.).

¹⁷ (1976), 31 C.C.C. (2d) 14 (B.C.C.A.).

¹⁸ (1977), 36 C.C.C. (2d) 235 (Ont. Prov. Ct.).

communication faite en vue de servir un dessein criminel ne «relève pas de la portée ordinaire des services professionnels.»

Une jurisprudence récente a placé la doctrine traditionnelle du privilège sur un plan nouveau. Le privilège n'est plus considéré seulement comme une règle de preuve qui fait fonction d'écran pour empêcher que des documents privilégiés ne soient produits en preuve dans une salle d'audience. Les tribunaux, peu disposés à restreindre ainsi la notion, ont élargi son application bien au-delà de ces limites. Voir *Re Director of Investigation and Research and Canada Safeway Ltd.*¹³; *In re le Directeur des enquêtes et recherches et Shell Canada Ltd.*, précité; *Re Presswood et al. and International Chemalloy Corp.*¹⁴; *Re Borden and Elliot and The Queen*¹⁵, (confirmé sur d'autres motifs)¹⁶; *Re BX Development Inc. and The Queen*¹⁷; *Re B and The Queen*¹⁸.

Même s'il ne fait aucun doute que les tribunaux canadiens s'orientent vers une notion plus large du privilège entre avocat et client, je n'estime pas que la notion ait été suffisamment étendue pour donner gain de cause à l'appelant. Bien qu'il y ait eu un mouvement qui tend à éloigner le privilège entre avocat et client de la règle de preuve qui ne peut être invoquée qu'au moment où l'on tente de produire des documents privilégiés, cet éloignement des restrictions temporelles rigides ne va pas aussi loin que le prétend l'appelant. Dans son factum, il allègue que le privilège est maintenant reconnu comme un «principe fondamental», plus justement qualifié de «règle de propriété». Toutefois, les décisions citées à l'appui de cette proposition mettent toutes en cause des mandats de perquisition qui avaient permis la saisie de documents auxquels s'appliquait indiscutablement le privilège. Dans ces affaires comme, par exemple, *Re Borden & Elliot and The Queen*, précitée, le mandat de perquisition a conduit à la saisie de documents susceptibles [TRADUCTION] «de fournir une preuve». Si le privilège devait s'appliquer aux documents, alors

¹³ (1972), 26 D.L.R. (3d) 745 (C.S.C.-B.).

¹⁴ (1975), 65 D.L.R. (3d) 228 (H.C. Ont.).

¹⁵ (1975), 30 C.C.C. (2d) 337.

¹⁶ (1975), 30 C.C.C. (2d) 345 (C.A. Ont.).

¹⁷ (1976), 31 C.C.C. (2d) 14 (C.A.C.-B.).

¹⁸ (1977), 36 C.C.C. (2d) 235 (C. prov. Ont.).

The judgments can be rationalized as merely shifting the time at which the privilege can be asserted. As the comment by Kasting in (1978), 24 McGill L.J. 115, "Recent Developments in the Law of Solicitor-Client Privilege" suggests, the shift away from the strict rule-of-evidence-at-trial approach has taken place by logical extensions. Chassé, in his annotation at (1977), 36 C.R.N.S. 349, *The Solicitor-Client Privilege and Search Warrants*, asserts that the privilege is being looked upon "as more akin to a rule of property rather than merely as a rule of evidence" (p. 350), but the privilege, in my view, is not yet near a rule of property. That is what the privilege must become if the appellant is to succeed.

There is no suggestion in the materials in the case at bar that the authorities intend to employ the letters or extracts obtained therefrom as evidence in any proceeding of any kind. Much as one might well wish to analogize from the search warrant cases to the censorship order here impugned, as a form of blanket search warrant upon appellant's mail, the order cannot be characterized as being directed to obtaining or affording evidence in any proceeding. Without the evidentiary connection, which the law now requires, the appellant cannot invoke the privilege.

As Mr. Justice Addy notes, privilege can only be claimed document by document, with each document being required to meet the criteria for the privilege—(i) a communication between solicitor and client; (ii) which entails the seeking or giving of legal advice; and (iii) which is intended to be confidential by the parties. To make the decision as to whether the privilege attaches, the letters must be read by the judge, which requires, at a minimum, that the documents be under the jurisdiction of a court. Finally, the privilege is aimed at improper use or disclosure, and not at merely opening.

The complication in this case flows from the unique position of the inmate. His mail is opened

ceux-ci ne pourraient être produits au procès et le lien avec la preuve subsisterait donc. On peut expliquer ces décisions en disant qu'elles ne font que déplacer le moment où l'on peut faire valoir le privilège. Comme le souligne Kasting dans son article (1978), 24 R. de D. McGill 115, «Recent Developments in the Law of Solicitor-Client Privilege» l'éloignement de la conception stricte de règle-de-preuve-au-procès s'est effectué par développements logiques. Chassé, dans son article (1977), 36 C.R.N.S. 349, «The Solicitor-Client Privilege and Search Warrants» affirme que le *privilège est considéré* [TRADUCTION] «comme plus apparenté à une règle de propriété qu'à une simple règle de preuve» (p. 350), mais le privilège à mon avis est encore très loin de constituer une règle de propriété. C'est ce qu'il doit devenir pour que l'appellant ait gain de cause.

Rien ne permet de conclure des pièces déposées au dossier de la présente affaire que les autorités ont l'intention d'utiliser les lettres ou des extraits de ces lettres comme preuve au cours de procédures. Quand bien même l'on souhaiterait pouvoir faire une analogie entre les affaires de mandats de perquisition et l'ordre de censure attaqué en l'espèce, en tant que sorte de mandat de perquisition général relatif au courrier de l'appellant, il reste que l'on ne peut considérer que cet ordre a été rendu en vue d'obtenir ou de fournir une preuve au cours de procédures. A défaut du lien avec la preuve, actuellement exigé en droit, l'appellant ne peut invoquer le privilège.

Comme le souligne le juge Addy, le privilège ne peut être invoqué que pour chaque document pris individuellement, et chacun doit répondre aux critères du privilège: (i) une communication entre un avocat et son client; (ii) qui comporte une consultation ou un avis juridiques; et (iii) que les parties considèrent de nature confidentielle. Le juge doit lire les lettres afin de décider si le privilège s'y rattache, ce qui exige, à tout le moins, qu'elles relèvent de la juridiction d'un tribunal. Enfin, le privilège vise à empêcher leur utilisation ou divulgation injustifiée et non simplement leur ouverture.

En l'espèce, la complication découle de la situation unique du détenu. Son courrier est ouvert et lu

and read, not with a view to its use in a proceeding, but by reason of the exigencies of institutional security. All of this occurs within prison walls and far from a court or quasi-judicial tribunal. It is difficult to see how the privilege can be engaged, unless one wishes totally to transform the privilege into a rule of property, bereft of an evidentiary basis.

In my view, the statutory disciplinary régime, which I have earlier described, does not derogate from the common law doctrine of solicitor and client privilege, as presently conceived, but the appellant is seeking in this appeal something well beyond the limits of the privilege, even as amplified in modern cases.

V

In aid of his main submission, resting upon privilege, counsel for the appellant argued faintly that the *Penitentiary Service Regulations* and Commissioner's Directive should not be construed and applied so as to abrogate, abridge, or infringe any of the rights or freedoms recognized in the *Canadian Bill of Rights* by s. 1(b) (the right of the individual to equality before the law and the protection of the law), 1(d) (freedom of speech) and 2(c)(ii) (the right of a person arrested or detained to retain and instruct counsel without delay). The authorities relied upon by counsel were, in the main, breathalyzer cases dealing with the right of a motorist to communicate with his counsel in private and without delay. These, and other cases cited, give little assistance to the resolution of the issue now before the Court, due to the difference in factual context and relevant considerations. The question in this case is whether the appellant's right to retain and instruct counsel is incompatible with the right of prison authorities to prevent threat to the security of the institution. In my view, there is no such incompatibility provided the exercise of authority is not greater than is necessary to support the security interest. This, as I read it, is precisely the effect of para. 7b. of Directive 219.

en raison des exigences de la sécurité de l'institution et non en vue d'être utilisé dans des procédures judiciaires. Tout ceci se passe à l'intérieur de la prison et, par conséquent, loin d'un tribunal ou d'un organisme quasi judiciaire. Il est difficile de voir comment cela met en jeu le privilège, à moins que l'on veuille totalement le transformer pour en faire une règle de propriété, dépourvue de tout fondement dans la preuve.

A mon avis, le régime disciplinaire établi par la législation, que j'ai décrit précédemment, ne déroge pas à la doctrine de *common law* portant sur le privilège entre avocat et client, dans sa conception actuelle, mais l'appelant cherche en l'espèce quelque chose qui va bien au-delà des limites du privilège malgré l'élargissement que lui ont donné les décisions récentes.

V

A l'appui de son allégation principale qui repose sur le privilège, l'avocat de l'appelant a fait timidement valoir que le *Règlement sur le service des pénitenciers* et la directive du Commissaire ne doivent pas être interprétés et appliqués de manière à supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou libertés reconnus dans la *Déclaration canadienne des droits* aux termes de l'al. 1b) (le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi), de l'al. 1d) (la liberté de parole) et du sous-al. 2c)(ii) (le droit d'une personne arrêtée ou détenue de retenir et constituer un avocat sans délai). La jurisprudence invoquée par l'appelant porte principalement sur des affaires d'alcootest qui traitent du droit d'un automobiliste de communiquer avec son avocat en privé et sans délai. Ces décisions, ainsi que d'autres citées, ne sont pas d'un grand secours pour résoudre la question litigieuse ici, vu la différence au niveau des faits et des considérations pertinentes. La question en l'espèce est de savoir si le droit de l'appelant de retenir et constituer un avocat est incompatible avec le droit des autorités carcérales d'empêcher que soit menacée la sécurité de l'institution. A mon avis, il n'y a pas d'incompatibilité à la condition que l'exercice du pouvoir n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire dans l'intérêt de la sécurité. C'est précisément l'effet, selon moi, de l'al. 7 b. de la directive n° 219.

With respect to s. 1(b) of the Bill, it has been held by this Court that equality before the law 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": Martland J., giving the unanimous reasons of this Court in *Prata v. Minister of Manpower and Immigration*¹⁹, at p. 382.

It is difficult to attack the validity of *Penitentiary Service Regulation 2.18* or Directive 219 with a freedom of speech argument, having regard to the will of Parliament, as reflected in the *Penitentiary Act* and in the *Penitentiary Service Regulations*, which preserves a limited right of censorship by penitentiary authorities in the interests of security and, at the same time, affords inmates a right to communicate freely through uncensored channels with members of Parliament and provincial legislatures, and the many persons listed in para. 8 of Directive 219.

VI

One may depart from the current concept of privilege and approach the case on the broader basis that (i) the right to communicate in confidence with one's legal adviser is a fundamental civil and legal right, founded upon the unique relationship of solicitor and client, and (ii) a person confined to prison retains all of his civil rights, other than those expressly or impliedly taken from him by law.

In that context, the Court is faced with the interpretation of the *Penitentiary Service Regulations* and Commissioner's Directive No. 219. Section 2.18 of the Regulations, as earlier noted, undoubtedly reserves the authority of the institutional head to order censorship of correspondence to the extent considered necessary or desirable for the security of the institution. As a general rule, I do not think it is open to the courts to question the judgment of the institutional head as to what may, or may not, be necessary in order to maintain

¹⁹ [1976] 1 S.C.R. 376.

En ce qui concerne l'al. 1b) de la Déclaration, cette Cour a jugé que l'égalité devant la loi 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»: le juge Martland, qui a rendu le jugement unanime de cette Cour dans *Prata c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*¹⁹, à la p. 382.

Il est difficile de contester la validité de l'art. 2.18 du *Règlement sur le service des pénitenciers* ou de la directive n° 219 en faisant valoir la liberté de parole, vu la volonté du Parlement, exprimée dans la *Loi sur les pénitenciers* et dans le *Règlement sur le service des pénitenciers*, de réserver aux autorités pénitentiaires un droit limité de censure dans l'intérêt de la sécurité et, en même temps, de donner aux détenus le droit de communiquer librement par l'intermédiaire de canaux non censurés avec les députés fédéraux et provinciaux et les nombreuses autres personnes énumérées au par. 8 de la directive n° 219.

VI

On peut s'écarter de la notion actuelle du privilège et aborder l'affaire dans une optique plus large, savoir, (i) le droit de communiquer en confidence avec son conseiller juridique est un droit civil fondamental, fondé sur la relation exceptionnelle de l'avocat avec son client et (ii) une personne emprisonnée conserve tous ses droits civils autres que ceux dont elle a été expressément ou implicitement privée par la loi.

Dans ce contexte, la Cour fait face à l'interprétation du *Règlement sur le service des pénitenciers* et de la directive du Commissaire n° 219. L'article 2.18 du Règlement, comme on l'a déjà noté, réserve indubitablement au directeur de l'institution le pouvoir d'ordonner la censure de la correspondance selon les modalités tenues pour nécessaires ou utiles à la sécurité de l'institution. En règle générale, je n'estime pas qu'il est loisible aux tribunaux de mettre en doute le jugement du chef de l'institution sur ce qui peut être nécessaire ou

¹⁹ [1976] 1 R.C.S. 376.

security within a penitentiary. On the other hand, it is to be noted that *Penitentiary Service Regulation 2.18* and Commissioner's Directive No. 219 speak in general terms, in their reference to the reading of correspondence and to other forms of censorship, without express mention of solicitor-client correspondence. The right to privacy in solicitor-client correspondence has not been expressly taken away by the language of the Regulations and the Directive.

Most prisons are sufficiently remote that the mail constitutes the prime means of communication to an inmate's solicitor. Nothing is more likely to have a "chilling" effect upon the frank and free exchange and disclosure of confidences, which should characterize the relationship between inmate and counsel, than knowledge that what has been written will be read by some third person, and perhaps used against the inmate at a later date. I do not understand counsel for the Crown to dispute the importance of these considerations.

The result, as I see it, is that the Court is placed in the position of having to balance the public interest in maintaining the safety and security of a penal institution, its staff and its inmates, with the interest represented by insulating the solicitor-client relationship. Even giving full recognition to the right of an inmate to correspond freely with his legal adviser, and the need for minimum derogation therefrom, the scale must ultimately come down in favour of the public interest. But the interference must be no greater than is essential to the maintenance of security and the rehabilitation of the inmate.

The difficulty is in ensuring that the correspondence between the inmate and his solicitor, whether within the doctrine of solicitor-client privilege or not, is not cloaking the passage of drugs, weapons, or escape plans. There must be some mechanism for verification of authenticity. That seems to be generally accepted. Yet, no one has so far suggested what third party mechanism might be adopted, or by what authority the courts could impose such a mechanism upon penitentiary authorities.

non au maintien de la sécurité dans un pénitencier. Par contre, il convient de noter que l'art. 2.18 du *Règlement sur le service des pénitenciers* et la directive du Commissaire n° 219 traitent en termes généraux de la lecture de la correspondance et d'autres formes de censure sans mentionner expressément la correspondance entre avocat et client. Le droit au secret en ce qui concerne la correspondance entre avocat et client n'a pas été expressément enlevé par les termes du Règlement et de la directive.

La plupart des prisons sont suffisamment à l'écart pour que le courrier constitue le moyen principal de communication d'un détenu avec son avocat. Rien ne peut probablement autant «glacer» l'échange et la divulgation franches et libres de confidences, qui devraient caractériser les rapports entre un détenu et son avocat, que de savoir que ce qui a été écrit sera lu par un tiers, et peut-être utilisé à l'encontre du détenu ultérieurement. Je ne comprends pas pourquoi le ministère public conteste l'importance de ces considérations.

Il en résulte, selon moi, que la Cour se trouve dans l'obligation de peser l'intérêt public qui veut le maintien de la sécurité et de la sûreté de l'institution carcérale, de son personnel et de ses détenus, et l'intérêt représenté par la protection de la relation avocat-client. Même si l'on reconnaît pleinement le droit d'un détenu de correspondre librement avec son conseiller juridique et la nécessité d'en déroger au minimum, la balance doit, en fin de compte, pencher en faveur de l'intérêt public. Mais l'intervention ne doit pas aller au-delà de ce qui est essentiel au maintien de la sécurité et à la réadaptation du détenu.

La difficulté est de s'assurer que la correspondance entre le détenu et son avocat, qu'elle relève ou non de la doctrine du privilège entre avocat et client, ne dissimule pas la transmission de drogues, d'armes ou de plans d'évasion. Il faut un mécanisme pour en vérifier l'authenticité. Il semble que ce soit généralement admis. Pourtant, personne n'a encore suggéré quel mécanisme de contrôle par un tiers pourrait être adopté ni en vertu de quel pouvoir les tribunaux pourraient l'imposer aux autorités pénitentiaires.

Counsel for the Crown submits there are three alternative interpretations of the scope of Regulations 2.17 and 2.18 which may govern the extent of the authority of the institutional head in dealing with an envelope which appears to have originated from a solicitor, or to be addressed to a solicitor, in circumstances where the institutional head has reason to believe that the unrestricted and unexamined passage of mail to or from the particular inmate in question represents a danger to the safety and security of the institution:

- (a) he may nonetheless permit the letter to be delivered unopened and unexamined to the inmate;
- (b) he may suspend the inmate's privilege to receive mail, in respect of that letter, pursuant to sections 2.17 and 2.18 of the *Penitentiary Service Regulations*.
- (c) he may order that the envelope be subject to opening and examination to the minimum extent necessary to establish whether it is properly the subject of solicitor-client privilege.

Counsel contends that to interpret the Regulations as requiring the first of these alternatives is to leave the institutional head without the authority he requires to control the potential passage of contraband, or of correspondence which may endanger the safety of the institution, under the guise of confidential communications passing between inmate and solicitor. I agree. I would also reject the second as providing no solution. I agree that the third alternative represents that interpretation of the scope of the Regulations which permits to an inmate the maximum opportunity to communicate with his solicitor through the mails that is consistent with the requirement to maintain the safety and security of the institution.

In my view, the "minimum extent necessary to establish whether it is properly the subject of solicitor-client privilege" should be interpreted in such manner that (i) the contents of an envelope may be inspected for contraband; (ii) in limited circumstances, the communication may be read to ensure that it, in fact, contains a confidential communication between solicitor and client written for the purpose of seeking or giving legal advice; (iii) the letter should only be read if there are reasonable and probable grounds for believing the contrary, and then only to the extent necessary

L'avocat du ministère public fait valoir trois interprétations possibles de la portée des art. 2.17 et 2.18 du Règlement qui peuvent déterminer l'étendue du pouvoir du chef d'une institution face à une enveloppe qui paraît provenir d'un avocat ou lui être adressée, dans les cas où il a des motifs de croire que la transmission sans restriction et sans examen du courrier adressé à un détenu en particulier ou envoyé par ce dernier présente un risque pour la sécurité et la sûreté de l'institution:

- a) il peut quoi qu'il en soit permettre que la lettre soit livrée au détenu sans avoir été ouverte et examinée;
- b) il peut suspendre le privilège du détenu de recevoir du courrier, relativement à cette lettre, conformément aux articles 2.17 et 2.18 du *Règlement sur le service des pénitenciers*;
- c) il peut ordonner que l'enveloppe soit ouverte et examinée dans la mesure minimale jugée nécessaire pour établir si son contenu relève effectivement du privilège entre avocat et client.

L'avocat fait valoir qu'appliquer la première interprétation au Règlement revient à enlever au chef de l'institution le pouvoir dont il a besoin pour contrôler la transmission éventuelle d'objets de contrebande ou de courrier qui puisse mettre en danger la sécurité de l'institution, sous le couvert du caractère confidentiel des communications entre un détenu et son avocat. Je suis d'accord. Je suis également d'avis de rejeter la deuxième interprétation parce qu'elle n'offre aucune solution. Je conviens que la troisième présente l'interprétation de la portée du Règlement qui donne à un détenu le maximum de possibilités de communiquer avec son avocat par courrier, tout en étant compatible avec le maintien de la sécurité de l'institution.

A mon avis, la « mesure minimale jugée nécessaire pour établir si son contenu relève effectivement du privilège entre avocat et client » doit être interprétée de manière que (i) le contenu d'une enveloppe puisse être inspecté pour déceler la contrebande, (ii) dans des cas limités, la communication puisse être lue pour s'assurer qu'elle renferme effectivement une communication à caractère confidentiel entre l'avocat et son client aux fins de consultation ou d'avis juridiques; (iii) la lettre ne soit lue que s'il existe des motifs raisonnables et probables de croire le contraire et, dans ce cas,

to determine the *bona fides* of the communication; (iv) the authorized penitentiary official who examines the envelope, upon ascertaining that the envelope contains nothing in breach of security, is under a duty at law to maintain the confidentiality of the communication. Paragraph 7c. of Directive 219 underlines this point.

The appellant has failed to establish entitlement to a declaration in any of the three forms he has advanced in these proceedings. The appeal must be dismissed. The respondent is entitled to costs in this Court.

The following are the reasons delivered by

ESTEY J.—I have had the opportunity of reading the reasons for judgment of my brother Dickson and I concur therein. I only wish to add to item (iii) in his catalogue of considerations in the interpretation of the expression “minimum extent necessary to establish whether it is properly the subject of solicitor-client privilege”. Item (iii) reads as follows:

(iii) the letter only should be read if there are reasonable and probable grounds for believing the contrary, and then only to the extent necessary to confirm the *bona fides* of the communication;

In my respectful view, any procedure adopted with reference to the scrutiny of letters passing from solicitor to client should, wherever reasonably possible, recognize the solicitor-client privilege long established in the law. Any mechanics adopted for their examination should, subject only to special circumstances indicating an overriding necessity for intervention by the authorities, safeguard communications flowing under the protection of the privilege so as to ensure that the privilege is left in a practical, workable condition; for example, a covering letter from a solicitor forwarding a sealed communication which the solicitor states to be a communication of legal advice should ordinarily shield the enclosure from examination by the authorities. I would dispose of the appeal as proposed by Dickson J.

Appeal dismissed with costs.

uniquement dans la mesure nécessaire pour déterminer la bonne foi de la communication; (iv) le fonctionnaire compétent du pénitencier qui examine l'enveloppe, après s'être assuré que cette dernière ne renferme rien qui enfreigne la sécurité, ait l'obligation légale de garder la communication confidentielle. L'alinéa 7c. de la directive n° 219 souligne ce point.

L'appellant n'a pas réussi à établir son droit à un jugement déclaratoire selon l'une des trois formules qu'il a mises de l'avant dans ces procédures. Le pourvoi doit être rejeté. L'intimée a droit à ses dépens dans cette Cour.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ESTEY—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le juge Dickson et j'y souscris. Je désire simplement faire un commentaire sur le point (iii) figurant dans sa liste des considérations afférentes à l'interprétation de la phrase «dans la mesure minimale jugée nécessaire pour établir si son contenu relève effectivement du privilège entre avocat et client». Le point (iii) porte que:

(iii) la lettre ne soit lue que s'il existe des motifs raisonnables et probables de croire le contraire et, dans ce cas, uniquement dans la mesure nécessaire pour déterminer la bonne foi de la communication;

A mon avis, toute procédure visant l'examen de lettres échangées entre un avocat et son client devrait, lorsque c'est raisonnablement possible, reconnaître le privilège entre avocat et client depuis longtemps ancré dans nos principes de droit. Tout mécanisme adopté en vue de leur examen devrait, sous réserve uniquement de circonstances spéciales indiquant la nécessité primordiale de faire intervenir les autorités, sauvegarder les communications qui passent sous la protection du privilège de façon à garantir qu'il reste utile et utilisable; par exemple, une lettre explicative d'un avocat dans laquelle se trouve une communication scellée que l'avocat déclare être un avis juridique devrait ordinairement protéger cette communication de tout examen par les autorités. Je suis d'avis de régler le pourvoi comme le propose le juge Dickson.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Solicitor for the plaintiff, appellant: David P. Cole, Toronto.

Solicitor for the defendant, respondent: Roger Tassé, Ottawa.

Procureur du demandeur, appellant: David P. Cole, Toronto.

Procureur de la défenderesse, intimée: Roger Tassé, Ottawa.

Dominion Stores Limited *Appellant;*

and

Her Majesty The Queen *Respondent;*

and

The Attorney General for Ontario *Intervenor.*

1979: March 15; 1979: December 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Distribution of legislative authority — Marketing standards prescribed at both provincial and federal levels — Apples marketed under federal grade name — Intraprovincial transaction — Validity/applicability of legislation — Whether federal legislation ultra vires — Canada Agricultural Standards Act, R.S.C. 1970, c. A-8, ss. 3(1), 3(2)(a), 13(1) — The Farm Products Grades and Sales Act, R.S.O. 1970, c. 161 — B.N.A. Act, ss. 91(2), 92(13), (16), 95.

Appellant was charged under the *Canada Agricultural Standards Act*, R.S.C. 1970, c. A-8, s. 3(2)(a), as being in possession for sale of some apples under a grade name, under s. 3(1), which did not meet the requirements prescribed in the Regulations under the Act in that they were bruised. The Act's grading plan is voluntary in that it does not apply unless the product in question is offered for sale under a grade name prescribed pursuant to the statute. The relevant provincial Act made mandatory the use of the same grade names as prescribed by the federal Act. Appellant is a retailer and the offence was said to have occurred in Metropolitan Toronto, presumably in a retail outlet. No evidence was taken prior to the motion to quash and all parties took it that the apples were offered for sale in a wholly intraprovincial transaction. Appellant challenged the constitutional validity of Part I of the Act so far as purporting to regulate or apply to a transaction wholly within Ontario. The Provincial Judge concluded that the statute was *ultra vires* and quashed the information. On appeal by way of stated case the acquittal was set aside and Part I held to be *intra vires*. The Court of Appeal agreed. The further appeal to this Court was limited to

Les Supermarchés Dominion Limitée
Appelante;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée;*

et

Le procureur général de l'Ontario
Intervenant.

1979: 15 mars; 1979: 13 décembre.

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

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

Droit constitutionnel — Répartition du pouvoir législatif — Normes de commercialisation prescrites à la fois au niveau provincial et fédéral — Pommes commercialisées sous un nom de qualité fédéral — Opération intra-provinciale — Validité/applicabilité de la loi — S'agit-il d'une loi fédérale constitutionnelle? — Loi sur les normes des produits agricoles du Canada, S.R.C. 1970, chap. A-8, art. 3(1), 3(2)a, 13(1) — The Farm Products Grades and Sales Act, R.S.O. 1970, chap. 161 — A.A.N.B., art. 91(2), 92(13), (16), 95.

L'appelante a été inculpée en vertu de la *Loi sur les normes des produits agricoles du Canada*, S.R.C. 1970, chap. A-8, al. 3(2)a, d'avoir eu en sa possession pour la vente des pommes sous un nom de qualité établi en vertu du par. 3(1), lesquelles n'étaient pas conformes aux exigences du règlement d'application, savoir, elles avaient des meurtrissures. Le système de classification prévu à la Loi est volontaire en ce qu'il ne s'applique pas à moins que le produit en question ne soit offert en vente sous un nom de qualité prescrit par la loi. La loi provinciale pertinente a rendu obligatoire l'emploi des mêmes noms de qualité que ceux prévus par la loi fédérale. L'appelante est un détaillant et l'infraction aurait été commise dans le Toronto métropolitain, apparemment dans un point de vente au détail. Aucune preuve n'a été produite avant que soit présentée la requête en annulation et toutes les parties ont tenu pour acquis que les pommes étaient offertes en vente dans des opérations entièrement intra-provinciales. L'appelante conteste la constitutionnalité de la Partie I de la Loi dans la mesure où elle tend à réglementer ou à viser une opération qui a lieu entièrement en Ontario. Le juge de la Cour provinciale a conclu que la loi était *ultra vires* et

the Constitutional question whether Part I of the Act is *ultra vires* in whole or in part.

Held (Laskin C.J. and Ritchie, Dickson and McIntyre JJ., dissenting): The appeal should be allowed and the order quashing the charges restored.

Per Martland, Pigeon, Beetz, Estey and Pratte JJ.: Under the interpretation placed upon s. 91(2) of the *B.N.A. Act* in a number of decisions, the power of Parliament with reference to the regulation of trade and commerce is limited to trade in the international and interprovincial sense and Parliament is not empowered thereby to regulate local trade simply as part of a scheme to regulate international and interprovincial trade. Further, Parliament may not in the guise of regulating trade and commerce reach into the fields allocated to the provinces by s. 92(13) and (16) and regulate transactions that are entirely intraprovincial. Appellant here offered apples for sale pursuant to an admittedly valid provincial statute which imposed a mandatory grading scheme. The dealer did not select and adopt a grade name prescribed by a federal statute, but rather complied with applicable, valid provincial legislation. The offence here, if any, must be under the provincial legislation and not the artificially extended federal statute. It is not necessary to determine whether Part I is *ultra vires in toto* but is sufficient if it be found inapplicable to the allegations of the charge against the appellant under the federal statute.

The possibility canvassed by the respondent that Part I could find its validity in criminal law [s. 91(27)] can be disposed of by the words of Rand J. in *Re The Validity of s. 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, at p. 50.

Per Laskin C.J. and Ritchie, Dickson and McIntyre JJ., *dissenting*: Allegedly, appellant had three lots of Spartan Apples under a grade name established under s. 3(1) of the federal Act, "Canada Extra Fancy" which did not meet the required standards as established by s. 3(1)(c) of the Act and regulations made thereunder. There was in this case no question of any reliance by the appellant on provincial grading standards or of any compliance therewith as a defence to the charge. Provincial legislation was not in issue. Section 3 of the federal Act does not compel the use of grade names pursuant to s. 1 but imposes a sanction if an intending seller elects to use a federally established grade name without observ-

a annulé la dénonciation. Sur appel par voie d'exposé de cause, l'acquiescement a été infirmé et la Partie I a été déclarée *intra vires*. La Cour d'appel était du même avis. Le pourvoi devant cette Cour a été limité à la question constitutionnelle de savoir si la Partie I de la Loi est *ultra vires* en totalité ou en partie.

Arrêt (le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson et McIntyre sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance annulant les accusations est rétablie.

Les juges Martland, Pigeon, Beetz, Estey et Pratte: Selon l'interprétation donnée au par. 91(2) de l'*A.A.N.B.* dans nombre d'arrêts, le pouvoir de réglementation des échanges et du commerce du Parlement est limité au commerce au sens international et interprovincial, ce qui ne lui donne pas le pouvoir de réglementer le commerce local en tant que partie d'un système de réglementation du commerce international et interprovincial. De plus, le Parlement ne peut pas, sous prétexte de réglementer les échanges et le commerce, agir dans les domaines accordés aux provinces par les par. 92(13) et (16) et réglementer les opérations qui sont entièrement intraprovinciales. L'appelante en l'espèce a offert des pommes en vente conformément à une loi provinciale reconnue valide, qui impose un système de classification obligatoire. Le vendeur n'a ni choisi ni adopté un nom de qualité imposé par une loi fédérale; il s'est plutôt conformé à une loi provinciale valide et applicable. L'infraction en l'espèce, si elle existe, doit violer la loi provinciale et non la loi fédérale artificiellement étendue. Il n'est pas nécessaire de décider si la Partie I est complètement *ultra vires*, mais il suffit qu'elle soit jugée inapplicable aux allégations dans l'accusation portée contre l'appelante en vertu de la loi fédérale.

La possibilité évoquée par l'intimée que la Partie I puisse trouver sa source dans le droit criminel [par. 91(27)] peut être tranchée par ce qu'a dit le juge Rand dans *Re la validité du par. 5a) de la Loi de l'industrie laitière*, [1949] R.S.C. 1, à la p. 50.

Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson et McIntyre, *dissidents*: L'appelante avait apparemment trois lots de pommes Spartan, sous un nom de qualité établi en vertu du par. 3(1) de la loi fédérale, catégorie «Canada Extra de fantaisie», lesquelles n'étaient pas conformes aux normes prescrites par l'al. 3(1)(c) de la Loi et son règlement d'application. En l'espèce, l'appelante n'invoque en défense aucune norme de qualité provinciale et n'allègue pas non plus s'y être conformée. La loi provinciale n'est pas en litige. L'article 3 de la loi fédérale n'ordonne pas l'utilisation des noms de qualité en vertu de l'art. 1, mais inflige une sanction lorsqu'un vendeur éventuel choisit d'utiliser un nom de qualité

ing the prescriptions applicable to the particular grade; so too, with respect to the application of such a grade name to an agricultural product or to a package containing the product. It was implicit, if not explicit, in the position taken by appellant that it could use a federally established grade name without complying with the terms governing its use. It was logical for the Parliament of Canada, having enacted compulsory grading requirements for agricultural products moving in export and interprovincial trade, to complement those provisions to give dealers the opportunity to use the same grade prescriptions for local transactions.

[*Citizens Insurance Co. v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *R. v. Eastern Terminal Elevator Co.*, [1925] S.C.R. 434; *Lawson v. Interior Tree, Fruit and Vegetable Committee*, [1931] S.C.R. 357; *A.G. (B.C.) v. A.G. (Can.)*, [1937] A.C. 377; *Reference respecting The Farm Products Marketing Act*, R.S.O. 1950, c. 131, as amended, [1957] S.C.R. 198; *A.G. (N.S.) v. A.G. (Can.)*, [1951] S.C.R. 31; *Reference as to the applicability of The Minimum Wage Act of Saskatchewan to an Employee of a Revenue Post Office*, [1948] S.C.R. 248; *Re The Validity of s. 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1 referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ affirming a judgment by Grange J.² on an appeal by stated case as to the validity of certain federal legislation. Appeal allowed, Laskin C.J. and Ritchie, Dickson and McIntyre JJ. dissenting, order quashing the charges restored.

P. S. A. Lamek, Q.C., and C. H. H. McNairn, for the appellant.

T. B. Smith, Q.C., L. R. Olsson, Q.C., and Graham Reynolds, for the respondent.

D. W. Mundell, Q.C., and Carol Creighton, Q.C., for the intervenor.

The reasons of Laskin C.J. and Ritchie, Dickson and McIntyre JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—There is one issue in this appeal, which is here by leave, and it

¹ (1978), 39 C.C.C. (2d) 127.

² (1977), 37 C.C.C. (2d) 20, 17 O.R. (2d) 168, 79 D.L.R. (3d) 627.

établi par le fédéral, sans que le produit réponde aux exigences de cette classe; il en est de même pour l'application de ce nom de qualité à un produit agricole ou à l'emballage du produit. Il découle implicitement sinon explicitement de la position prise par l'appelante qu'elle pourrait utiliser un nom de qualité établi par le fédéral sans respecter les conditions en régissant l'utilisation. Ayant édicté des normes obligatoires pour les produits agricoles destinés à l'exportation et au commerce interprovincial, il est logique que le Parlement du Canada complète ces dispositions pour permettre aux marchands de s'en servir pour les opérations locales.

[Jurisprudence: *Citizens Insurance Co. v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *R. c. Eastern Terminal Elevator Co.*, [1925] R.C.S. 434; *Lawson c. Interior Tree, Fruit and Vegetable Committee*, [1931] R.C.S. 357; *A.G. (B.C.) v. A.G. (Can.)*, [1937] A.C. 377; *Renvoi relatif à The Farm Products Marketing Act*, R.S.O. 1950, chap. 131, et modifications, [1957] R.C.S. 198; *P.g. (N.-É.) c. P.g. (Can.)*, [1951] R.C.S. 31; *Renvoi sur l'applicabilité de la Minimum Wage Act de la Saskatchewan à un employé d'un bureau de poste*, [1948] R.C.S. 248; *Re la validité du par. 5a) de la Loi de l'industrie laitière*, [1949] R.C.S. 1.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ qui a confirmé un jugement du juge Grange² sur un appel par voie d'exposé de cause relatif à la constitutionnalité d'une loi fédérale. Pourvoi accueilli, le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson et McIntyre étant dissidents, et ordonnance annulant les accusations rétablie.

P. S. A. Lamek, c.r., et C. H. H. McNairn, pour l'appelante.

T. B. Smith, c.r., L. R. Olsson, c.r., et Graham Reynolds, pour l'intimée.

D. W. Mundell, c.r., et Carol Creighton, c.r., pour l'intervenant.

Version française des motifs du juge en chef Laskin et des juges Ritchie, Dickson et McIntyre rendus par

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—Le seul point en litige dans ce pourvoi, interjeté sur autorisation,

¹ (1978), 39 C.C.C. (2d) 127.

² (1977), 37 C.C.C. (2d) 20, 17 O.R. (2d) 168, 79 D.L.R. (3d) 627.

is stated in the following constitutional question fixed by an order of Pigeon J.:

Is Part I of the *Canada Agricultural Products Standards Act*, R.S.C. 1970, c. A-8 *ultra vires* in whole or in part?

The case arises out of a charge laid against the appellant, reading as follows:

on or about the 12th day of February 1976, at the Municipality of Metropolitan Toronto in the Judicial District of York [Dominion Stores Limited] unlawfully did have in possession for sale an agricultural product to wit: three lots of Spartan Apples, under a grade name established under subsection (1) of Section 3 of the *Canada Agricultural Products Standards Act*, R.S.C. 1970, Chapter A-8, to wit: Canada Extra Fancy, which Spartan Apples did not meet the requirements prescribed for the said Grade as established by Section 3(1)(c) and Section 3(2)(a)(i) of Table 1 of Schedule A of the *Fresh Fruit and Vegetable Regulations* as made and established by Order in Council P.C. 1965-1599, to wit: they contained soft bruises, contrary to Section 3(2)(a) of the said *Act*, thereby committing an offence under Section 13(1) of the said *Act*.

Before any evidence was taken, even before arraignment and plea, counsel for the appellant moved to quash the information, challenging the validity of Part I of the federal Act in its purported application to a transaction taking place wholly within the Province of Ontario. There was some intimation that the apples referred to in the charge were produce of British Columbia, but this is not reflected in the charge nor was it a consideration on the argument of the constitutional issue raised by the appellant or in the disposition made by the judge of first instance or in the case which he stated in pursuance of an appeal from his determination that Part I aforesaid was *ultra vires*. I therefore approach the constitutional issue on the basis that a wholly intraprovincial transaction is involved in the charge.

Part I of the federal Act consists of one substantive section, namely, s. 3, which itself consists of two subsections, as follows:

3. (1) The Governor in Council may make regulations establishing grades with appropriate grade names for any class of agricultural products and, without limit-

est énoncé dans la question constitutionnelle suivante délimitée par une ordonnance du juge Pigeon:

La Partie I de la *Loi sur les normes des produits agricoles du Canada*, S.R.C. 1970, chap. A-8, est-elle *ultra vires* en totalité ou en partie?

Le litige a pris naissance suite au dépôt d'une dénonciation contre l'appelante, dont voici le texte:

[TRADUCTION] le ou vers le 12 février 1976, dans la municipalité du Toronto métropolitain dans le district judiciaire de York [Les Supermarchés Dominion Limitée] a illégalement eu en sa possession pour la vente un produit agricole, savoir: trois lots de pommes Spartan, sous un nom de qualité établi en vertu du paragraphe 3(1) de la *Loi sur les normes des produits agricoles du Canada*, S.R.C. 1970, chap. A-8, savoir: catégorie Canada Extra de fantaisie, lesquelles pommes Spartan n'étaient pas conformes aux exigences prescrites pour cette catégorie par l'al. 3(1)c) et le sous-al. 3(2)a)(i) du Tableau 1 de l'Annexe A du *Règlement sur les fruits et les légumes frais* édicté par le décret C.P. 1965-1599, savoir: elles avaient des meurtrissures contrairement à l'al. 3(2)a) de la *Loi*, se rendant ainsi coupables d'une infraction en vertu du par. 13(1) de la *Loi*.

Avant toute production de la preuve, avant même la mise en accusation et les plaidoyers, l'avocat de l'appelante a présenté une requête pour faire annuler la dénonciation en contestant la validité de la Partie I de la loi fédérale, lorsqu'elle se veut applicable à une opération qui a eu lieu entièrement dans la province de l'Ontario. On a laissé entendre que les pommes visées par l'accusation provenaient de la Colombie-Britannique, mais l'accusation n'en parle pas et cela n'a pas fait l'objet d'un examen au cours du débat sur la question constitutionnelle soulevée par l'appelante, ni dans la décision du juge de première instance, ni dans son exposé de cause suite à l'appel logé contre sa décision que la Partie I, susmentionnée, est *ultra vires*. J'aborde donc la question constitutionnelle en tenant pour acquis que l'opération visée par l'accusation est entièrement intra-provinciale.

La Partie I de la loi fédérale se compose d'un article de droit positif, savoir, l'art. 3, qui comprend les deux paragraphes suivants:

3. (1) Le gouverneur en conseil peut édicter des règlements établissant des qualités ainsi que des noms de qualité appropriés pour toute catégorie de produits agri-

ing the generality of the foregoing, may, by such regulations

(a) prescribe the terms and conditions on which and the manner in which agricultural products may be graded or inspected under this Part;

(b) without limiting the generality of paragraph (a), require, as a condition to the grading or inspection of an agricultural product under this Part, that it be prepared and graded in an establishment that, at the time of the preparation or grading of the product,

(i) complied with prescribed conditions, and

(ii) was registered in the prescribed manner,

and in respect of which the prescribed registration fee was paid;

(c) prescribe fees that may be charged for the grading or inspection of agricultural products; and

(d) prescribe the sizes, dimensions and other specifications of packages in which an agricultural product must be packed and the manner in which it must be packed and marked as a condition to application or use of the name of a grade so established.

(2) No person shall

(a) sell, offer for sale, or have in possession for sale an agricultural product under a grade name established under subsection (1) or under a grade name or other designation so closely resembling a grade name so established as to be likely to be mistaken therefor, or

(b) apply to an agricultural product or to a package containing an agricultural product a grade name established under subsection (1) or a grade name or other designation so closely resembling a grade name so established as to be likely to be mistaken therefor,

unless the agricultural product meets the requirements prescribed for the grade, has been graded and inspected as required by the regulations, and is packed and marked in prescribed manner.

The long title of the statute is in these words:

An Act to establish national standards for agricultural products and to regulate international and interprovincial trade in agricultural products.

It is followed by s. 1, stating the short title and then by s. 2, a definition section, which defines, *inter alia*, "agricultural product", "grade", "grade

coles et, sans restreindre la généralité de ce qui précède, il peut, par ces règlements,

a) prescrire les conditions auxquelles les produits agricoles peuvent être classés ou inspectés selon la présente Partie et le mode de classement ou de cette inspection;

b) sans restreindre la généralité de l'alinéa a), exiger, comme condition du classement ou de l'inspection d'un produit agricole sous le régime de la présente Partie, qu'il ait été préparé et classé dans un établissement qui, au moment de la préparation ou du classement du produit

(i) se conformait aux conditions prescrites, et

(ii) était enregistré d'une façon prescrite,

et à l'égard duquel les droits d'enregistrement prescrits étaient acquittés;

c) prescrire les droits exigibles pour le classement ou l'inspection de produits agricoles; et

d) prescrire le volume, les dimensions et autres caractéristiques des emballages ou contenants dans lesquels un produit agricole doit être emballé et la manière dont il doit être emballé et marqué comme condition d'application ou emploi du nom d'une qualité ainsi établie.

(2) Nul ne doit

a) vendre, offrir en vente ou avoir en sa possession pour la vente un produit agricole sous un nom de qualité établi en vertu du paragraphe (1) ou sous un nom de qualité ou une autre désignation ressemblant à un nom de qualité ainsi établi au point d'être vraisemblablement confondu avec ce nom, ou

b) appliquer à un produit agricole ou à un emballage renfermant un produit agricole un nom de qualité établi en vertu du paragraphe (1) ou un nom de qualité ou autre désignation ressemblant à un nom de qualité ainsi établi au point d'être vraisemblablement confondu avec ce nom,

sauf si le produit agricole répond aux exigences prescrites pour la qualité, s'il a été classé et inspecté comme l'exigent les règlements, et s'il est emballé et marqué de la manière prescrite.

Voici le titre complet de la Loi:

Loi établissant des normes nationales pour les produits agricoles et réglementant le commerce international et interprovincial de ces produits.

Il est suivi de l'art. 1, qui donne le titre abrégé, et ensuite de l'art. 2, celui des définitions, où l'on trouve, notamment, les définitions d'«emballage»,

name” and “package”. These definitions are respectively as follows:

“agricultural product” means livestock (including fur-bearing animals raised in captivity), eggs, poultry, milk, vegetables, fruit, honey and maple syrup, and products thereof, and leaf tobacco;

“grade” includes standard;

“grade name” includes any mark, description or designation of a grade;

“package” means an inner or outer receptacle or covering used for containing, packing, wrapping or covering an agricultural product;

It is evident from a reading of s. 3 that it does not compel the use of grade names established pursuant to s. 1, but it does impose a sanction if an intending seller of an agricultural product elects to use a federally established grade name without observing the prescriptions applicable to the particular grade. So too, with respect to the application of such a grade name to an agricultural product or to a package containing the product. It is implicit if not explicit in the position taken by the appellant that it could use a federally established grade name without at the same time complying with the terms governing its use laid down under Part I of the federal Act.

In contrast to Part I, Part II of the Act, beginning with s. 4, compels the use of the federally prescribed grade names in the export and interprovincial movement of agricultural products for which grades have been established under Part I. The validity of this Part is not challenged and, indeed, is conceded. The difference in formulation from s. 3 in Part I is evident from the following terms of s. 4:

4. Except as provided by regulations of the Governor in Council, no person shall export out of Canada, or send or convey from one province to another, an agricultural product of a class for which grades have been established under Part I unless the product has been graded and inspected under that Part and is packed and

de «nom de qualité», de «produit agricole» et de «qualité». Voici, respectivement, ces définitions:

«emballage» ou «contenant» signifie une enveloppe ou un récipient, intérieur ou extérieur, employé pour contenir, emballer, emballer ou recouvrir un produit agricole;

«nom de qualité» comprend toute marque, description ou désignation d'une qualité ou classe;

«produit agricole» signifie le bétail (y compris les animaux à fourrure élevés en captivité), les œufs, les volailles, le lait, les légumes, les fruits, le miel et le sirop d'érable, ainsi que leurs produits, et le tabac en feuilles;

«qualité» ou «classe» comprend la norme;

Il appert clairement, à la lecture de l'art. 3, que cet article n'ordonne pas l'utilisation des noms de qualité établis en vertu de l'art. 1, mais qu'il inflige une sanction lorsque le vendeur éventuel d'un produit agricole choisit d'utiliser un nom de qualité établi par le fédéral, sans que le produit réponde aux exigences de cette classe. Il en est de même pour l'application de ce nom de qualité à un produit agricole ou à l'emballage du produit. Il découle implicitement sinon explicitement de la position prise par l'appelante qu'elle pourrait utiliser un nom de qualité établi par le fédéral sans toutefois respecter les conditions en régissant l'utilisation imposées par la Partie I de la loi fédérale.

Contrairement à la Partie I, la Partie II de la Loi, qui commence à l'art. 4, ordonne l'utilisation des noms de qualité prescrits par le fédéral en vertu de la Partie I pour l'exportation et le commerce interprovincial de produits agricoles pour lesquels des qualités ont été établies en vertu de la Partie I. On ne conteste pas la validité de cette Partie et, de fait, on la reconnaît. La différence de formulation par rapport à l'art. 3 de la Partie I se dégage clairement du texte de l'art. 4:

4. Sous réserve des règlements du gouverneur en conseil, nul ne doit exporter du Canada, ni envoyer ou transporter d'une province à une autre, un produit agricole d'une catégorie pour laquelle des qualités ont été établies en vertu de la Partie I, à moins que le produit n'ait été classé et inspecté en application de ladite Partie

marked in accordance with the regulations made under that Part.

The course of proceedings in the Courts below was as follows. Judge McMahon of the Ontario Provincial Court quashed the information on the ground that Part I, and particularly s. 3(2), invaded provincial legislative authority under s. 92(13) of the *British North America Act* in its application to a wholly intraprovincial transaction. He was asked to state a case and did so, and the matter came before Grange J. who, in extensive reasons for judgment, held that the judge of first instance had erred in his constitutional conclusion. Accordingly, he set aside the acquittal which had been directed by Judge McMahon and remitted the case to him for disposition on the merits. On further appeal, the judgment of Grange J. was affirmed by the Ontario Court of Appeal which said, in quite short reasons, that it agreed "essentially with his reasons for judgment".

The Ontario Court of Appeal added to this conclusion by putting forward another ground for upholding Part I, saying this:

... In our view the pith and substance of this legislation is the regulation of export and inter-provincial trade. We think the provisions of Part I, section 3(2) are necessarily incidental to the effective operation of the scheme established by maintaining the integrity of the national standards grade and to prevent the misuse of the grade and confusion. For these reasons we are all of the opinion that this is valid legislation, within the exclusive legislative authority of Parliament under section 91.2 of the *British North America Act*.

Counsel for the appellant attacked this ground of decision and contended, as I understood his submission, that in view of the existence of *The Farm Products Grades and Sales Act*, R.S.O. 1970, c. 161 covering intraprovincial transactions, and which was therefore valid provincial legislation under governing case law, Part I could not be swept into provisions governing export and international trade as being "necessarily incidental" under the line of authority dealing with that concept. Given that this be so in the present case, I am

et ne soit emballé et marqué conformément aux règlements édictés selon ladite Partie.

Voici la marche des procédures devant les cours d'instance inférieure. Le juge McMahon de la Cour provinciale de l'Ontario a annulé la dénonciation au motif que la Partie I, et son par. 3(2) en particulier, empiète sur les pouvoirs législatifs provinciaux aux termes du par. 92(13) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, dans son application à une opération entièrement intra-provinciale. Il a formulé un exposé de cause, comme on le lui avait demandé, et l'affaire a été entendue par le juge Grange qui a statué, dans des motifs approfondis, que le juge de première instance avait commis une erreur dans sa conclusion sur la question constitutionnelle. Il a, par conséquent, infirmé l'acquiescement prononcé par le juge McMahon et lui a renvoyé la cause pour qu'il se prononce sur le fond. En appel, la décision du juge Grange a été confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario qui a jugé, dans des motifs très brefs, qu'elle était d'accord [TRADUCTION] «en substance avec ses motifs de jugement».

La Cour d'appel de l'Ontario a complété cette conclusion en formulant un autre motif, à l'appui de la validité de la Partie I:

[TRADUCTION] ... A notre avis, cette loi a pour caractère véritable la réglementation de l'exportation et du commerce interprovincial. Nous croyons que la Partie I, notamment le par. 3(2), est nécessairement accessoire au fonctionnement efficace du régime établi en assurant le maintien de l'intégrité des normes de qualité nationales, et à la prévention de la confusion et de l'emploi abusif de la qualité. Pour ces motifs, nous sommes tous d'avis que c'est un texte de loi valide, qui relève du pouvoir législatif exclusif du Parlement en vertu du par. 91.2 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

L'avocat de l'appelante a contesté ce motif de jugement. Si je comprends bien, il a soutenu que, vu l'existence de *The Farm Products Grades and Sales Act*, R.S.O. 1970, chap. 161, loi qui régit les opérations intra-provinciales et qui est donc une loi provinciale valide selon la jurisprudence applicable, la Partie I ne peut être amalgamée aux dispositions régissant l'exportation et le commerce international comme «nécessairement accessoire» selon la jurisprudence qui traite de ce concept. Si l'on tient cela pour acquis en l'espèce, je suis d'avis que

of the opinion that the judgment in appeal should be affirmed on the ground taken by Grange J. and, accordingly, I turn to his reasons. Before doing so, I should add that no question arose in the present case of any reliance by the appellant on provincial grading standards or of any compliance therewith as a defence to the charge. Provincial legislation was in no way in issue here.

Grange J. based his conclusion on the judgment of the Privy Council in *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*³ which sustained the validity of ss. 18 and 19 of the *Dominion Trade and Industry Commission Act*, 1935 (Can.), c. 59. These provisions set up as a national mark the words "Canada Standard" or "C.S." and invited its use by persons on the conditions specified under the legislation. No one was compelled to use it but, as in the present case, a person who did so was obliged to accept the terms on which it was made available. Counsel for the appellant suggested at one point in his submission that there was licensing involved in the "C.S." case and, indeed, the Privy Council used the word "licence" in its dispositive sentence, as follows (at p. 418):

The substance of the legislation in question is to define a national mark, to give the exclusive use of it to the Dominion so as to provide a logical basis for a system of statutory licences to producers, manufacturers and merchants.

However, as clearly appears from a preceding portion of its reasons, the Privy Council was using the word in the sense of "permission" or availability of the mark for use, saying (at p. 417) that "By s. 19, subs. 1, any producer or manufacturer or merchant is given permission to apply the national mark to any commodity provided it conforms to the appropriate statutory specification".

As Grange J. noted, there is a parallel between the provisions sustained by the Privy Council and those of Part I of the Act in the present case. There is no special constitutional significance in the fact that in the *Dominion Trade and Industry*

³ [1937] A.C. 405.

l'arrêt en appel doit être confirmé pour les motifs retenus par le juge Grange et, par conséquent, je vais examiner ses motifs. Avant de ce faire, j'ajouterai qu'en l'espèce l'appelante n'invoque, en défense à l'accusation, aucune norme de qualité provinciale et n'allègue pas non plus s'y être conformée. La loi provinciale n'est pas en litige ici.

Le juge Grange fonde sa conclusion sur l'arrêt du Conseil privé, *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*³ qui confirme la validité des art. 18 et 19 de la *Loi sur la Commission fédérale du commerce et de l'industrie*, 1935 (Can.), chap. 59. Ces dispositions y font de l'expression «Canada Standard» ou des initiales «C.S.» une marque de commerce nationale et invitent les gens à en faire usage en respectant les conditions prévues par la législation. Elles ne contraignent personne à l'utiliser mais, comme en l'espèce, celui qui en fait usage doit respecter les conditions de son emploi. L'avocat de l'appelante a notamment avancé dans sa plaidoirie que l'affaire du «C.S.» impliquait la délivrance de permis et, de fait, le Conseil privé a utilisé le mot «permis» comme suit, dans son dispositif (à la p. 418):

[TRADUCTION] La substance de la législation en question est de définir une marque nationale, d'en accorder l'usage exclusif au gouvernement fédéral de façon à assurer un fondement logique à un système de permis accordés par la loi aux producteurs, manufacturiers et marchands.

Cependant, comme il appert clairement d'une partie précédente de ses motifs, le Conseil privé employait le mot dans le sens d'«autorisation» ou de disponibilité de la marque pour utilisation, disant (à la p. 417) que [TRADUCTION] «En vertu du par. 19(1), tout producteur, manufacturier ou marchand peut apposer la marque nationale à n'importe quelle marchandise en autant que celle-ci réponde aux exigences prévues par la loi en l'espèce».

Comme l'a fait remarquer le juge Grange, il y a un parallèle entre les dispositions que le Conseil privé a approuvées et celles de la Partie I de la Loi en l'espèce. Le fait que dans l'arrêt *Dominion Trade and Industry Commission*, on précise que la

³ [1937] A.C. 405.

Commission case the mark is stated to be vested in the Crown. It is a creature of the statute just as the grade names here are creatures of the statute. The Privy Council found that federal power in relation to the regulation of trade and commerce provided support for what this Court in *MacDonald v. Vapor Canada Ltd.*⁴, at p. 166, called "non-compulsory regulation". So too here, and it seems to me that it was quite logical that the Parliament of Canada, having enacted compulsory grading requirements for agricultural products moving in export and interprovincial trade, should complement those provisions by giving an opportunity to dealers in such products to avail themselves, if they so wished, of the same grade prescriptions for local transactions. It could be a convenience for them and for consumers as well.

It was urged by the intervenant Attorney-General of Ontario as well as by the appellant that the prohibitions in s. 3(2) of the Act went beyond the mere giving of permission to use the federally established national standards and that their practical effect was to control or regulate local transactions in agricultural products. What the intervenant and the appellant are objecting to is, however, the character of the sanction imposed by Parliament upon a person who chooses to use the federal grade names but refuses to take them *cum onere*. Parliament might have chosen another sanction as, for example, a simple prohibitory order against the use of the grade names established under its authority where a person who elects to use them refuses to abide by the associated prescriptions for their use. The type of sanction does not change the substance of the matter in issue which is simply making available, if one chooses to use them, a set of natural standards but without in any way compelling their use.

The present case falls to be decided on the one point raised by the appellant, namely, that it could not constitutionally be visited with the sanctions flowing from a breach of Part I of the federal Act, although it had elected to use a grade name prescribed under that Part. What the appellant's legal position would have been if it had claimed by way

marque est attribuée au gouvernement ne revêt aucune importance constitutionnelle spéciale. C'est une création de la loi tout comme le sont, ici, les noms de qualité. Le Conseil privé a jugé que le pouvoir fédéral relatif à la réglementation des échanges et du commerce fournissait un appui à ce que cette Cour a appelé une «réglementation facultative» dans *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*⁴, à la p. 166. Il en est de même, ici, et il me semble parfaitement logique qu'ayant édicté des normes obligatoires pour les produits agricoles destinés à l'exportation et au commerce interprovincial, le Parlement du Canada complète ces dispositions en permettant aux marchands de tels produits de s'en servir pour les opérations locales. Cela peut être un avantage tant pour eux que pour les consommateurs.

Le procureur général de l'Ontario, intervenant, et l'appelante ont fait valoir que les interdictions prévues par le par. 3(2) de la Loi vont au-delà de la simple autorisation d'utiliser les normes nationales établies par le gouvernement fédéral et que leur effet pratique était de contrôler ou de réglementer les opérations locales sur les produits agricoles. Toutefois, ce à quoi s'opposent l'intervenant et l'appelante est le type de sanction imposée par le Parlement à une personne qui décide d'utiliser les noms de qualité du fédéral, mais qui refuse de les prendre avec les obligations. Le Parlement aurait pu choisir une autre sanction comme, par exemple, une simple ordonnance interdisant d'utiliser les noms de qualité qu'il a établis lorsque la personne qui choisit de les utiliser refuse de se conformer aux prescriptions associées à leur usage. Le type de sanction ne modifie pas le fond de la question en litige qui est simplement de mettre à la disposition des usagers qui veulent, un ensemble de normes nationales sans d'aucune façon en ordonner l'usage.

On doit décider de la présente affaire sur le seul point soulevé par l'appelante, savoir, qu'elle ne peut constitutionnellement subir de sanctions pour avoir violé la Partie I de la loi fédérale, bien qu'elle ait choisi d'utiliser un nom de qualité y prescrit. La situation juridique qui existerait si l'appelante avait fait valoir comme moyen de défense qu'elle

⁴ [1977] 2 S.C.R. 134.

⁴ [1977] 2 R.C.S. 134.

of defence that it was obeying provincial legislation is not a question that arises here, and I leave it open.

I would dismiss the appeal and, like the Courts below, I would make no order as to costs.

The judgment of Martland, Pigeon, Beetz, Estey and Pratte JJ. was delivered by

ESTEY J.—The appellant was charged under the *Canada Agricultural Products Standards Act*, R.S.C. 1970, c. A-8, s. 3(2)(a). In the charge the allegation is made that the appellant had in possession for sale some apples under a grade name authorized under s. 3(1) of the Act which did not meet the requirements prescribed in the regulations promulgated under the statute in that they were bruised, contrary to s. 3(2)(a) of the statute which in turn constitutes an offence under s. 13(1).

The appellant is a retailer and the alleged offence was said to have occurred in the Municipality of Metropolitan Toronto, presumably in a retail outlet. There was no evidence taken prior to the motion to quash before the Provincial Court Judge. All parties here and below have approached the constitutional issue which has herein arisen on the basis that the apples were offered for sale by the appellant in a wholly intraprovincial transaction and that it mattered not whether they were produced in or out of Ontario. The appellant challenges the constitutional validity of Part I of the statute so far as it purports “to regulate, govern or apply to a transaction wholly within the Province of Ontario”. The learned Provincial Court Judge, following argument, concluded that the statute was *ultra vires* the powers of the Parliament of Canada and quashed the information. An application was then made for a stated case under s. 762 of the *Criminal Code*. The appeal by way of stated case was heard by Grange J., sitting in High Court Chambers, who set aside “the acquittal” and remitted the proceedings to the Provincial Court Judge for disposition accordingly, the learned Justice of the High Court having concluded that Part I of the statute was valid legislation under s. 91(2) of the *British North America Act*.

obéissait à la loi provinciale n'est pas une question en litige ici et je la laisse en suspens.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et, comme les cours d'instance inférieure, je n'adjudgerai aucuns dépens.

Version française du jugement des juges Martland, Pigeon, Beetz, Estey et Pratte rendu par

LE JUGE ESTEY—L'appelante a été inculpée en vertu de la *Loi sur les normes des produits agricoles du Canada*, S.R.C. 1970, chap. A-8, al. 3(2)a). On allègue dans l'accusation qu'elle a eu en sa possession pour la vente des pommes sous un nom de qualité établi en vertu du par. 3(1) de la Loi, lesquelles n'étaient pas conformes aux exigences du règlement d'application, savoir, elles avaient des meurtrissures contrairement à l'al. 3(2)a) de la Loi, ce qui est une infraction visée au par. 13(1).

L'appelante est un détaillant et l'infraction imputée aurait été commise dans la municipalité du Toronto métropolitain, apparemment dans un point de vente au détail. Aucune preuve n'a été produite avant que soit présentée la requête en annulation devant le juge de la Cour provinciale. Toutes les parties ici et devant les cours d'instance inférieure ont abordé la question constitutionnelle qui se pose en l'espèce en tenant pour acquis que les pommes étaient offertes en vente par l'appelante dans des opérations entièrement intra-provinciales et qu'il importait peu qu'il s'agisse d'un produit de l'Ontario ou de l'extérieur. L'appelante conteste la constitutionnalité de la Partie I de la Loi dans la mesure où elle tend [TRADUCTION] «à réglementer, à régir ou à viser une opération qui a lieu entièrement dans la province de l'Ontario». Après les plaidoiries, le savant juge de la Cour provinciale a conclu que la loi était *ultra vires* des pouvoirs du Parlement du Canada et a annulé la dénonciation. Une demande d'exposé de cause a été présentée en vertu de l'art. 762 du *Code criminel*. L'appel par voie d'exposé de cause a été entendu par le juge Grange de la Haute Cour, siégeant en chambre; il a infirmé «l'acquiescement» et renvoyé le dossier au juge de la Cour provinciale pour qu'il donne suite à sa conclusion que la Partie I de la Loi est un texte valide selon le par. 91(2) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

The Court of Appeal of Ontario confirmed the disposition made in the High Court and with reference to s. 3(2) of Part I of the statute expressly found it to be "necessarily incidental to the effective operation of the scheme established by maintaining the integrity of national standards grade and to prevent a misuse of the grade and confusion". The appeal to this Court was limited to the following constitutional question:

Is Part I of the *Canada Agricultural Products Standards Act*, R.S.C. 1970, c. A-8 *ultra vires* in whole or in part?

The allocation of the power with respect to regulation of trade and commerce in this country under the *British North America Act* has been settled, until now at least, by *Citizens Insurance Co. v. Parsons*⁵; *R. v. Eastern Terminal Elevator Co.*⁶; *Lawson v. Interior Tree, Fruit and Vegetable Committee*⁷, and *The Attorney-General for British Columbia v. The Attorney-General for Canada*⁸. Under the interpretation placed upon s. 91(2) of the *British North America Act* in these decisions, the power of Parliament with reference to the regulation of trade and commerce is limited to trade in the international and interprovincial sense and Parliament is not empowered thereby to regulate local trade simply as a part of a scheme for the regulation of international and interprovincial trade. In *R. v. Eastern Terminal Elevator Co.*, *supra*, Duff J. described the limitation of federal power as follows:

It is undeniable that one principal object of this Act is to protect the external trade in grain, and especially in wheat, by ensuring the integrity of certificates issued by the Grain Commission in respect of the quality of grain, and especially of wheat; and the beneficial effect and the value of the system provided by the legislation as a whole is not at all disputed by anybody.

It does not follow that it is within the power of Parliament to accomplish this object by assuming, as this legislation does, the regulation in the provinces of par-

⁵ (1881), 7 App. Cas. 96.

⁶ [1925] S.C.R. 434.

⁷ [1931] S.C.R. 357.

⁸ [1937] A.C. 377.

La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé le jugement de la Haute Cour et, au sujet du par. 3(2) de la Partie I de la Loi, elle a expressément conclu qu'il est [TRADUCTION] «nécessairement accessoire au fonctionnement efficace du régime établi en assurant le maintien de l'intégrité des normes de qualité nationales, et à la prévention de la confusion et de l'emploi abusif de la qualité». Le pourvoi devant cette Cour a été limité à la question constitutionnelle suivante:

La Partie I de la *Loi sur les normes des produits agricoles du Canada*, S.R.C. 1970, chap. A-8, *ultra vires* en totalité ou en partie?

L'attribution du pouvoir de réglementation des échanges et du commerce dans ce pays en vertu de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique a été réglée, du moins jusqu'à maintenant, par les arrêts *Citizens Insurance Co. v. Parsons*⁵; *R. c. Eastern Terminal Elevator Co.*⁶; *Lawson c. Interior Tree, Fruit and Vegetable Committee*⁷, et *The Attorney-General for British Columbia v. The Attorney-General for Canada*⁸. Selon l'interprétation donnée au par. 91(2) de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique dans ces arrêts, le pouvoir de réglementation des échanges et du commerce du Parlement est limité au commerce au sens international et interprovincial, ce qui ne lui donne pas le pouvoir de réglementer le commerce local en tant que partie d'un système de réglementation du commerce international et interprovincial. Voici en quels termes le juge Duff a décrit les limites du pouvoir fédéral dans *R. c. Eastern Terminal Elevator Co.*, précité:

[TRADUCTION] Il est incontestable que l'un des principaux objets de cette loi est de protéger le commerce extérieur du grain, particulièrement celui du blé, en assurant l'intégrité des certificats délivrés par la Commission des grains sur la qualité du grain, particulièrement du blé; et personne ne conteste l'effet bénéfique et la valeur du système établi par la législation dans son ensemble.

Il ne s'ensuit pas que le Parlement a le pouvoir de réaliser cet objet en prenant sur lui, comme le fait cette loi, de réglementer dans les provinces des occupations

⁵ (1881), 7 App. Cas. 96.

⁶ [1925] R.C.S. 434.

⁷ [1931] R.C.S. 357.

⁸ [1937] A.C. 377.

ticular occupations, as such, by a licensing system and otherwise, and of local works and undertakings, as such, however important and beneficial the ultimate purpose of the legislation may be. (pp. 446-7).

Consequently, subject to my observations found at the end of these reasons, I approach the issue raised in this appeal on the basis that the Parliament of Canada may not, in the guise of regulating trade and commerce, reach into the fields allocated to the provinces by s. 92(13) and (16) and regulate trading transactions occurring entirely within the provinces. In actual fact the provinces and Parliament taking the lead from the Privy Council marketing decision of 1937, *supra*, have adopted cooperative and complementary schemes for the marketing of natural products. The Ontario statute here involved in fact was first enacted in 1937 (*vide* S.O. 1 Geo. VI, c. 24) immediately after the Privy Council judgment.

Parenthetically, I would add that, whatever the state of the federal trade and commerce power, nothing that I say here should be taken to apply to federal attempts to regulate the language of labels on various commodities (e.g., the *Textile Labeling Act*, R.S.C. 1970, c. 46 (1st Supp.) and the regulations thereunder). It may well be that regulation of commodity standards presents two aspects: the substantive content of those standards, and their form, including the language in which they must be displayed. However, as the issue is not before us, nothing more need be said at this time.

The foregoing seems to be the state of our constitutional law acknowledged by Parliament when the statutory plan in the *Canada Agricultural Products Standards Act*, 1955, c. 27, was adopted. At that time be it noted the provincial statutory regulation of these same natural products had been operative for several years. Section 3 of the present federal Act provides as follows:

(1) The Governor in Council may make regulations establishing grades with appropriate grade names for

particulières, comme telles, par un système de permis et autrement, et des ouvrages et entreprises d'une nature locale, comme tels, quel qu'avantageux et important que soit le but ultime de la législation. (pp. 446 et 447).

Par conséquent, sous réserve des remarques que je fais à la fin des présents motifs, j'aborde la question posée dans ce pourvoi en tenant pour acquis que le Parlement du Canada ne peut pas, sous prétexte de réglementer les échanges et le commerce, agir dans les domaines accordés aux provinces par les par. 92(13) et (16) et réglementer les opérations commerciales qui ont lieu entièrement à l'intérieur des provinces. En réalité, les provinces et le fédéral, dans la foulée de l'arrêt précité du Conseil privé de 1937 sur la commercialisation, ont adopté des mécanismes complémentaires et solidaires pour la commercialisation des produits naturels. De fait, la loi ontarienne à l'étude ici a été édictée à l'origine en 1937 (voir S.O. 1 Geo. VI, chap. 24) immédiatement après l'arrêt du Conseil privé.

Entre parenthèses, j'ajouterai que quel que soit le pouvoir fédéral sur les échanges et le commerce, rien de ce que je dis ici ne doit être considéré comme un commentaire sur les tentatives de réglementation fédérale du texte des étiquettes apposées sur différentes marchandises (par ex. la *Loi sur l'étiquetage des textiles*, S.R.C. 1970, chap. 46 (1^{er} Supp.) et son règlement d'application). La réglementation des normes des marchandises peut fort bien présenter deux aspects: la teneur réelle de ces normes et leur forme, y compris le texte qu'elles doivent suivre. Toutefois, comme la question ne nous est pas soumise, point n'est besoin d'ajouter autre chose ici.

Ce qui précède semble être l'état de notre droit constitutionnel reconnu par le Parlement lorsque le régime prescrit par la *Loi sur les normes des produits agricoles du Canada*, 1955, chap. 27, a été adopté. Il convient de souligner qu'à cette époque-là, la réglementation provinciale de ces mêmes produits naturels était en vigueur depuis plusieurs années. L'article 3 de la loi fédérale actuelle prévoit:

(1) Le gouverneur en conseil peut édicter des règlements établissant des qualités ainsi que des noms de

any class of agricultural products and, without limiting the generality of the foregoing, may, by such regulations

(a) prescribe the terms and conditions on which and the manner in which agricultural products may be graded or inspected under this Part;

(b) without limiting the generality of paragraph (a), require, as a condition to the grading or inspection of an agricultural product under this Part, that it be prepared and graded in an establishment that, at the time of the preparation or grading of the product,

- (i) complied with prescribed conditions, and
- (ii) was registered in the prescribed manner,

and in respect of which the prescribed registration fee was paid;

(c) prescribe fees that may be charged for the grading or inspection of agricultural products; and

(d) prescribe the sizes, dimensions and other specifications of packages in which an agricultural product must be packed and the manner in which it must be packed and marked as a condition to application or use of the name of a grade so established.

(2) No person shall

(a) sell, offer for sale, or have in possession for sale an agricultural product under a grade name established under subsection (1) or under a grade name or other designation so closely resembling a grade name so established as to be likely to be mistaken therefor, or

(b) apply to an agricultural product or to a package containing an agricultural product a grade name established under subsection (1) or a grade name or other designation so closely resembling a grade name so established as to be likely to be mistaken therefor,

unless the agricultural product meets the requirements prescribed for the grade, has been graded and inspected as required by the regulations, and is packed and marked in prescribed manner.

It is relevant to note that while Part I of the Act is thus voluntary, Part II which is entitled "International and Interprovincial Trade" is compulsory. As counsel for the Attorney General of Canada points out, the grading plan under Part I, so far as it applies within a province, is voluntary in the sense that the strictures of the statute do not apply unless and until the products in question are

qualité appropriés pour toute catégorie de produits agricoles et, sans restreindre la généralité de ce qui précède, il peut, par ces règlements,

a) prescrire les conditions auxquelles les produits agricoles peuvent être classés ou inspectés selon la présente Partie et le mode de ce classement ou de cette inspection;

b) sans restreindre la généralité de l'alinéa a), exiger, comme condition du classement ou de l'inspection d'un produit agricole sous le régime de la présente Partie, qu'il ait été préparé et classé dans un établissement qui, au moment de la préparation ou du classement du produit,

- (i) se conformait aux conditions prescrites, et
- (ii) était enregistré d'une façon prescrite,

et à l'égard duquel les droits d'enregistrement prescrits étaient acquittés;

c) prescrire les droits exigibles pour le classement ou l'inspection de produits agricoles; et

d) prescrire le volume, les dimensions et autres caractéristiques des emballages ou contenants dans lesquels un produit agricole doit être emballé et la manière dont il doit être emballé et marqué comme condition d'application ou emploi du nom d'une qualité ainsi établie.

(2) Nul ne doit

a) vendre, offrir en vente ou avoir en sa possession pour la vente un produit agricole sous un nom de qualité établi en vertu du paragraphe (1) ou sous un nom de qualité ou une autre désignation ressemblant à un nom de qualité ainsi établi au point d'être vraisemblablement confondu avec ce nom, ou

b) appliquer à un produit agricole ou à un emballage renfermant un produit agricole un nom de qualité établi en vertu du paragraphe (1) ou un nom de qualité ou autre désignation ressemblant à un nom de qualité ainsi établi au point d'être vraisemblablement confondu avec ce nom,

sauf si le produit agricole répond aux exigences prescrites pour la qualité, s'il a été classé et inspecté comme l'exigent les règlements, et s'il est emballé et marqué de la manière prescrite.

Il est pertinent de remarquer que bien que la Partie I de la Loi soit ainsi facultative, la Partie II intitulée «Commerce international et interprovincial» est obligatoire. Comme le fait remarquer le substitut du procureur général du Canada, quand le système de classification prévu par la Partie I s'applique à l'intérieur d'une province, il est volontaire en ce sens que les restrictions législatives ne

offered for sale under a grade name prescribed pursuant to the statute.

A complication arises by reason of the fact that the Province of Ontario, by a series of statutes culminating for our purposes in *The Farm Products Grades and Sales Act*, R.S.O. 1970, c. 161, authorized the establishment of regulations relating to the marketing of agricultural products under which it was made an offence to offer for sale or have in possession for sale any produce not accompanied by a sign stating the grade of the produce. Such produce also had to conform to all the standards prescribed by the regulations promulgated pursuant to the statute. By these regulations, the grades applicable to apples were identified by precisely the same grade names as those adopted by regulation under the Canadian statute now before the Court. Thus a vendor such as the appellant, upon receiving apples for resale, must, under the Ontario statute, sell the apples in association with a grade name prescribed by regulation and in conformity with quality standards specified in the regulation. Simultaneously with the marking of the grade name on the apples pursuant to the Ontario law, the retailer, here the appellant, is confronted with s. 3(2) and s. 13 of the federal statute.

Notwithstanding this statutory background, the respondent, the Attorney General of Canada, asserts that the appellant's participation in the federal grading standard program is voluntary. If the federal legislation were, by its own terms, compulsory as regards intraprovincial transactions, it would undoubtedly be *ultra vires* as regulation of an individual form of trade within the province, assuming the present state of the law to be as I have summarized it above. Such legislation was struck down by the Privy Council in *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*⁹. The existing provincial legislation in this case is, on the same basis, valid: see the *Reference respecting The Farm Products Market-*

⁹ [1937] A.C. 377.

s'appliquent pas à moins que les produits en question ne soient offerts en vente sous un nom de qualité prescrit par la loi.

Une difficulté survient du fait que par une série de lois qui, aux fins qui nous intéressent, ont abouti à *The Farm Products Grades and Sales Act*, R.S.O. 1970, chap. 161, la province de l'Ontario a autorisé l'adoption de règlements sur la commercialisation des produits agricoles qui font une infraction d'offrir en vente ou d'avoir en sa possession pour la vente un produit non accompagné d'une indication de qualité. Ce produit doit également être conforme à toutes les normes prescrites par le règlement promulgué en vertu de la Loi. Selon ce règlement, les qualités applicables aux pommes sont identifiées exactement par les mêmes noms de qualité que ceux adoptés par le règlement d'application de la loi fédérale dont la Cour est présentement saisie. Ainsi, lorsqu'il reçoit des pommes pour la revente, un vendeur, comme l'appelante, doit, en vertu de la loi ontarienne, vendre les pommes en leur donnant un nom de qualité prévu par le règlement et en conformité avec les normes de qualité y spécifiées. En même temps qu'il donne aux pommes un nom de qualité conformément à la loi ontarienne, le détaillant, ici l'appelante, doit faire face au par. 3(2) et à l'art. 13 de la loi fédérale.

Nonobstant ce contexte législatif, l'intimée, par la voix du procureur général du Canada, soutient que la participation de l'appelante au programme des normes de qualité du fédéral est volontaire. Si, par son propre texte, la législation fédérale créait une obligation à l'égard des opérations intra-provinciales, elle serait sans aucun doute *ultra vires* parce qu'elle viserait à réglementer une forme de commerce individuel dans les limites de la province, si l'on présume que l'état actuel du droit est celui que j'ai résumé précédemment. Le Conseil privé a déclaré une telle loi invalide dans *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*⁹. En l'espèce, la loi provinciale actuelle est, selon le même principe, valide:

⁹ [1937] A.C. 377.

ing Act, R.S.O. 1950, c. 131, as amended¹⁰. Thus the only course open to the federal authorities was to establish a "voluntary" marketing scheme, as was done by the regulations promulgated in 1965 (see Schedule attached hereto). However, a *truly* voluntary scheme establishing a system of grades distinct from those already promulgated by the province would not, as one can well imagine, have attracted much of a clientele. Accordingly, in order to inject some vitality into its own scheme, the Government of Canada was obliged to incorporate the provincial standards into its 'voluntary' regulatory scheme. Yet ironically the charge against the appellant here has been laid under the voluntary program and not the compulsory trade regulation.

Of course, it does not follow that provincial legislation, which has the factual effect of changing the operative nature of a federal statute, can thereby make the federal statute invalid. The federal statute must be *intra* or *ultra vires* standing on its own and without the presence or absence of provincial legislation. The court is, however, entitled, and indeed required, to examine the interrelationship of federal and provincial legislation if it appears that Parliament has incorporated provincial enactments into its own legislation in an effort to "colour" (to adopt the language of the Privy Council) it so as to enter a field which, by our constitution, rests solely within the legislative competence of the provinces. In other words, Parliament cannot do indirectly, with provincial aid, what it could not have done directly. It is for this reason that I shall continue to examine both schemes in tandem.

As was stated by Taschereau J. in *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*¹¹, at p. 40:

It is a well settled proposition of law that jurisdiction cannot be conferred by consent.

If the Parliament of Canada cannot find justification for its legislation in the *British North America Act*, consent or acquiescence in the adoption of a statute by Parliament, either individual consent or

voir le *Renvoi relatif à The Farm Products Marketing Act*, R.S.O. 1950, chap. 131, et modifications¹⁰. Ainsi, la seule option du fédéral était d'établir un régime "volontaire" de commercialisation, ce qu'il a fait par le règlement promulgué en 1965 (voir l'annexe aux présentes). Cependant, un régime *vraiment* volontaire créant un système de classes distinctes de celles déjà instituées par la province n'aurait bien évidemment pas attiré beaucoup d'intéressés. Par conséquent, afin de donner une impulsion à son propre régime, le gouvernement fédéral a dû incorporer les normes provinciales dans son régime de réglementation "volontaire". Ironiquement, c'est en vertu du programme volontaire et non du règlement obligatoire sur le commerce que l'appelante a été inculpée.

Bien sûr, il ne s'ensuit pas qu'une législation provinciale qui dans les faits vient modifier la nature essentielle d'une loi fédérale peut, par le fait même, la rendre invalide. La loi fédérale doit être constitutionnelle ou inconstitutionnelle en elle-même, indépendamment de la présence ou de l'absence d'une législation provinciale. Toutefois, la Cour peut, et en fait doit, étudier l'interdépendance des lois fédérales et provinciales s'il appert que le Parlement a incorporé des dispositions provinciales dans sa propre législation en cherchant à la «déguiser» (pour reprendre le terme du Conseil privé) pour pénétrer dans un domaine qui, aux termes de notre constitution, relève exclusivement de la compétence législative des provinces. En d'autres mots, le Parlement ne peut pas faire indirectement, avec l'aide provinciale, ce qu'il ne pourrait pas faire directement. C'est pour cette raison que je poursuivrai mon examen des deux régimes en regard l'un de l'autre.

Comme l'a dit le juge Taschereau dans *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. Procureur général du Canada*¹¹, à la p. 40:

[TRADUCTION] C'est un principe de droit bien établi que la compétence ne peut être conférée par consentement.

Si le Parlement du Canada ne peut rien trouver dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* pour justifier sa législation, le consentement ou l'acquiescement à l'adoption d'une loi par le Parle-

¹⁰ [1957] S.C.R. 198.

¹¹ [1951] S.C.R. 31.

¹⁰ [1957] R.C.S.198.

¹¹ [1951] R.C.S. 31.

consent obtained through the operation of provincial legislation, cannot provide the missing jurisdiction and authority. In the statute now before us, if Part I be invalid as purporting to establish a regulatory scheme in relation to local marketing, voluntary acceptance and participation therein by individual citizens or legal entities cannot make it valid. In reality there is in these circumstances no true voluntary adoption of the federal marketing scheme by the retailer. The mechanical or perhaps even unwitting adoption of the federal marketing scheme is the direct result of provincial coercion flowing from a valid provincial scheme regulating local marketing.

Stripping off the complexities of the constitutional argument and reducing the transaction to its real proportions, the appellant here offered apples for sale pursuant to an admittedly valid provincial statute. The dealer did not select and adopt a grade name prescribed by a federal statute, but rather complied with applicable, valid provincial legislation. The precise issue facing the Court in this proceeding is whether or not, in these circumstances, a charge may be laid under the federal statute. It may be, of course, that the provincial inspectors took a different view of the apples in question than did the federal inspectors, which may explain why no action was taken under the provincial statute. However, the offence, if any, must, in my view, be against the provincial legislation and not the artificially extended federal statute. Here the sequence of passage of marketing schemes was first the provincial statute, followed by a like federal statute purporting to reach down to intraprovincial trade. If, however, the Attorney General for Canada be correct, the latter is valid and the offence allegedly committed by the appellant is against the federal statute and not the provincial statute without which the federal statute would have no legal application as regards local trade. The parasite and not the host thereby becomes the bigger and more important animal.

ment, que ce soit un consentement individuel ou un consentement obtenu par le mécanisme d'une loi provinciale, ne peut combler l'absence de compétence et de pouvoir. Si la Partie I de la Loi qui nous est maintenant soumise est invalide parce qu'elle cherche à établir un programme de réglementation de la commercialisation locale, l'acceptation et la participation volontaires de simples citoyens ou d'entités juridiques ne peuvent la rendre valide. En réalité, il n'y a, dans ces circonstances, aucune adoption volontaire du programme fédéral de commercialisation par le détaillant. L'adoption mécanique ou peut-être même inconsciente du programme fédéral de commercialisation est le résultat direct de la contrainte qui découle du programme provincial valide réglementant la commercialisation locale.

Si l'on fait abstraction des difficultés que présente l'argument constitutionnel et si l'on réduit l'opération à ses dimensions réelles, l'appelante en l'espèce a offert des pommes en vente conformément à une loi provinciale reconnue valide. Le vendeur n'a ni choisi ni adopté un nom de qualité imposé par une loi fédérale; il s'est plutôt conformé à une loi provinciale valide et applicable. La question précise à laquelle cette Cour doit répondre en l'espèce est de savoir si, dans ces circonstances, une accusation peut être portée en vertu de la loi fédérale. Il se peut, bien sûr, que les inspecteurs provinciaux aient eu une opinion différente de celle des inspecteurs fédéraux sur ces pommes, ce qui peut expliquer pourquoi aucune poursuite n'a été entamée en vertu de la loi provinciale. Toutefois l'infraction, si elle existe, doit à mon avis violer la loi provinciale et non la loi fédérale artificiellement étendue. Ici, dans l'ordre d'adoption des programmes de commercialisation, la loi provinciale vient en premier suivie d'une loi fédérale semblable visant à s'appliquer au commerce intraprovincial. Si, toutefois, la prétention du procureur général du Canada est bien fondée, cette dernière est valide et l'appelante aurait commis une infraction contre la loi fédérale et non contre la loi provinciale sans laquelle la première n'aurait aucune application juridique quant au commerce local. Ainsi, le parasite devient plus gros et plus important que l'hôte.

Grange J. decided and the respondent in this court submits that the decision of the Privy Council in *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*¹² is applicable on all fours to this statutory pattern. In that case, the Parliament of Canada created a national trade mark "Canada Standard" which could be adopted by anyone with reference to any goods so long as the producer or merchant thereof conformed to the standards and specifications prescribed in any Act of Parliament. The trade mark program was found to be *intra vires* the Parliament of Canada by the Privy Council and where the producer or vendor of the product in question adopted the trade mark, the Parliament of Canada was able to regulate the quality of the merchandise marketed in association therewith. It is evident from the terms of the judgment that the federal legislation was valid by reason of the vesting in the Federal Government of the use of the statutory trade mark so as to provide a legal basis for its licensing program.

The respondent places great reliance on the trade mark case. In that case, there was no accompanying provincial legislation which made the adoption of a trade mark licence by the producer mandatory. If by some comparable arrangement the federal licensing program had effectively been made mandatory by the presence of prior provincial marketing legislation and the federal statute had thereby been brought into play in the regulation of local sales within a province, the conditions under which the Privy Council found the Canada Standard legislation to be valid would not exist. That body found the legislation to be *intra vires* because:

... there seems no reason why the legislative competence of the Dominion Parliament should not extend to the creation of juristic rights in novel fields if they can be brought fairly within the classes of subjects confided to Parliament by the constitution. The substance of the legislation in question is to define a national mark, to give the exclusive use of it to the Dominion so as to provide a logical basis for a system of statutory licences to producers, manufacturers and merchants. To vest the "exclusive property" in the mark in His Majesty is probably no more than to vest "the use of" the mark in

Le juge Grange a conclu que l'arrêt du Conseil privé, *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*¹² est directement applicable à cette structure législative, thèse que l'intimée reprend devant cette Cour. Le Parlement du Canada avait créé une marque de commerce nationale «Canada Standard» que toute personne pouvait adopter pour des produits en autant que le producteur ou le marchand respectait les normes et les caractéristiques prévues par toute loi fédérale. Le Conseil privé a jugé que le programme relatif aux marques de commerce était *intra vires* du Parlement du Canada et que, lorsque le producteur ou le vendeur du produit en question adoptait la marque de commerce, le Parlement du Canada pouvait réglementer la qualité de la marchandise ainsi commercialisée. Il se dégage nettement des termes de l'arrêt que la législation fédérale était valide parce que l'utilisation de la marque de commerce était dévolue au gouvernement fédéral de façon à assurer un fondement juridique à son système de permis.

L'intimée accorde beaucoup d'importance à l'affaire des marques de commerce. Aucune loi provinciale coexistante n'imposait alors au producteur l'adoption d'un permis de marque de commerce. Si par un mécanisme comparable, on avait, en réalité, rendu obligatoire le programme fédéral de permis par le canal d'une loi provinciale antérieure sur la commercialisation et que la loi fédérale soit ainsi devenue applicable à la réglementation des ventes locales à l'intérieur d'une province, les conditions dans lesquelles le Conseil privé a jugé valide la législation sur la marque «Canada Standard» n'existeraient pas. Il a jugé que la législation était *intra vires* parce que:

[TRADUCTION] ... aucune raison ne semble s'opposer à ce que la compétence législative du Parlement fédéral s'étende à la création de droits juridiques dans des domaines nouveaux s'ils peuvent raisonnablement entrer dans les catégories de sujets confiés au Parlement par la constitution. La substance de la législation en question est de définir une marque nationale, d'en accorder l'usage exclusif au gouvernement fédéral de façon à assurer un fondement logique à un système de permis accordés par la loi aux producteurs, manufacturiers et marchands. Accorder «la propriété exclusive» de la

¹² [1937] A.C. 405.

¹² [1937] A.C. 405.

His Majesty. It may afford a useful civil protection for the mark when it is violated in Canada by persons who have not violated the somewhat restricted prohibition of the penal sub-section (which only applies to persons who "apply" the mark to commodities), or violated abroad, where the penal provisions of the law of Canada could not be applied at all.

Attorney General for Ontario v. Attorney General for Canada, supra, at p. 418 per Lord Atkin.

Here there is no comparable statutory pattern in fact or in law. The program here in question is not optional but, in reality, mandatory. There is no property right in respect of which the federal government is issuing a statutory licence on the voluntary application of a producer or retailer. Here the thrust of the federal statute is the regulation of local as well as interprovincial and international marketing, as for example, by the detailed regulation of packaging. Marketing schemes affecting as they do the process of marketing as such, are in no way comparable in fact or in law with a program for the creation of a property right in the form of a trade mark coupled with a truly voluntary scheme for licensing the users of that trade mark. Furthermore, the statute now before the Court, unlike the *Canada Standards* statute, requires provincial participation in order to make the application of the federal statute inevitable in local trade. The true nature, the pith and substance, of the federal program is exposed by the circumstances and context in which it was enacted and now enforced. The presence of the provincial Act did not of itself invalidate the federal action, but it forms part of the surroundings to be scrutinized in discerning the substantive core of the federal legislation.

The Canada Standards legislation was approached and validated by the Privy Council as legislation in relation to trade marks. The pith and substance of the Canada Standards statute was clearly a trade mark creation and licensing plan which the Privy Council found to be valid legisla-

marque à Sa Majesté revient sans doute à accorder «l'usage de» la marque à Sa Majesté. Cela peut assurer une protection civile utile à la marque lorsqu'elle est violée au Canada par des personnes qui n'ont pas violé l'interdiction quelque peu restreinte du paragraphe pénal (qui s'applique seulement aux personnes qui «apposent» la marque sur des marchandises), ou lorsqu'elle est violée à l'étranger, où l'on ne peut pas du tout faire appliquer les dispositions pénales de la loi canadienne.

Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada, précité, à la p. 418, lord Atkin.

Ici il n'existe aucun mécanisme législatif comparable, ni en fait ni en droit. Le programme en cause n'est pas optionnel mais est, en réalité, obligatoire. Il n'existe aucun droit de propriété à l'égard duquel le gouvernement fédéral délivre un permis en vertu de la loi à la demande d'un producteur ou d'un détaillant. Ici, la loi fédérale a pour portée véritable la réglementation de la commercialisation locale, aussi bien qu'interprovinciale et internationale comme, par exemple, par la réglementation détaillée de l'emballage. Les régimes de commercialisation qui touchent effectivement au processus même de commercialisation ne se comparent aucunement en fait ou en droit à un programme de création d'un droit de propriété sous forme d'une marque de commerce reliée à un régime vraiment volontaire qui permet d'accorder un permis aux usagers de cette marque de commerce. De plus, la loi soumise maintenant à cette Cour, contrairement à celle sur la marque «Canada Standard», requiert la participation des provinces pour qu'elle devienne inévitablement applicable au commerce local. La vraie nature du programme fédéral, son caractère véritable, se dégage des circonstances et du contexte dans lesquels il a été édicté et est maintenant appliqué. La présence de la loi provinciale n'invalide pas en soi l'action fédérale, mais elle fait partie des circonstances à analyser pour discerner l'essence réelle de la législation fédérale.

La législation sur la marque «Canada Standard» a été examinée et entérinée par le Conseil privé comme une loi relative aux marques de commerce. Elle visait, de par son caractère véritable, à créer une marque de commerce et un système de permis et le Conseil privé a jugé que c'était une loi valide

tion based on s. 91(2) of the *British North America Act*. Because the Privy Council were not there concerned with legislation whose pith and substance was the regulation of the local marketing of agricultural products, the application or extension of that decision to our circumstances is necessarily attended with great risk. One should not forget the limits of 91(2) as set out in the comments of Rand J. in the *Reference Respecting The Farm Products Marketing Act, as amended, supra*, at pp. 208-9:

Although not specifically mentioned in s. 92 of the *British North America Act*, there is admittedly a field of trade within provincial power . . . The power is a subtraction from the scope of the language conferring on the Dominion by head 2 of s. 91 exclusive authority to make laws in relation to the regulation of trade and commerce, and was derived under an interpretation of the Act which was found necessary

in order to preserve from serious curtailment, if not from virtual extinction, the degree of autonomy which, as appears from the scheme of the Act as a whole, the provinces were intended to possess

(*per* Duff J. in *Lawson v. Interior Tree, Fruit and Vegetable Committee of Direction, [supra]*). In examining the legislation for the purpose mentioned we should bear in mind Lord Atkin's admonition in *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada et al., [supra]*, that

the legislation will have to be carefully framed, and will not be achieved by either party leaving its own sphere and encroaching upon that of the other.

The definitive statement of the scope of Dominion and Provincial jurisdiction was made by Duff C.J. in *Re The Natural Products Marketing Act, 1934*, [1936] S.C.R. 398. The regulation of particular trades confined to the Province lies exclusively with the Legislature subject, it may be, to Dominion general regulation affecting all trade, and to such incidental intrusion by the Dominion as may be necessary to prevent the defeat of Dominion regulation; interprovincial and foreign trade are correspondingly the exclusive concern of Parliament. That statement is to be read with the judgment of this Court in *R. v. Eastern Terminal Elevator Company, [supra]*, approved by the Judicial Committee in *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada, supra*, at p. 387, to the effect that Dominion regulation cannot embrace local trade merely because in

sur le fondement du par. 91(2) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Puisque le Conseil privé n'examinait pas dans cette affaire-là une loi dont le caractère véritable était la réglementation de la commercialisation locale des produits agricoles, l'application ou l'élargissement de cet arrêt aux circonstances actuelles présente nécessairement un grand risque. Il ne faut pas oublier les limites du par. 91(2) qu'énonce le juge Rand dans le *Renvoi relatif à The Farm Products Marketing Act, et modifications, précité*, aux pp. 208 et 209:

[TRADUCTION] Bien que l'article 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* ne le prévoit pas expressément, il est admis qu'il existe un domaine de commerce relevant du pouvoir provincial . . . Ce pouvoir diminue la portée du texte accordant au Dominion, en vertu du par. 2 de l'art. 91, l'autorité exclusive d'adopter des lois relatives à la réglementation des échanges et du commerce. Il découle aussi d'une interprétation de l'Acte qui était nécessaire

afin de préserver de toute diminution, sinon d'extinction effective, le degré d'autonomie dont les provinces étaient destinées à jouir d'après le plan d'ensemble de l'Acte.

(Le juge Duff, dans l'arrêt *Lawson c. Interior Tree, Fruit and Vegetable Committee of Direction, [précité]*). En analysant la législation dans cette optique, nous devons avoir à l'esprit la déclaration de lord Atkin dans l'arrêt *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada et al., [précité]*, portant qu'il faudra élaborer la législation

avec prudence, et ce résultat ne saurait être atteint si les parties sortent de leur propre sphère pour empiéter sur celle de l'autre.

C'est le juge en chef Duff qui a fait l'exposé décisif sur l'étendue des compétences relatives du Dominion et des provinces dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits naturels, 1934*, [1936] R.C.S. 398. La réglementation de commerces particuliers limités à la province relève exclusivement de la législature, sous réserve, le cas échéant, de la réglementation générale du Dominion se rapportant à tous les échanges et d'empiètements accessoires du Dominion qui peuvent être nécessaires pour assurer l'application de sa réglementation; les échanges interprovinciaux et extérieurs relèvent donc exclusivement du Parlement. Il faut lire cet exposé en corrélation avec le jugement de cette Cour dans l'affaire *R. c. Eastern Terminal Elevator Company, [précité]*, confirmé par le Comité judiciaire dans l'arrêt *Attorney-General for British Columbia v.*

undifferentiated subject-matter the external interest is dominant.

Should a province consider undesirable the result of the combination of its legislation with that of the Parliament of Canada, in this case the prosecution of a local vendor, what recourse does a province have in such a circumstance? It might, of course, repeal its admittedly valid regulatory program. Alternatively, the province might steer its legislation away from the federal statute by adopting different descriptive terminology for the product regulation. Such action would, of course, be rendered futile if the federal Parliament should then embrace those terms in complementary amending legislation or authorize such action by regulation. The result would be that the sale of natural products within a province would be validly regulated by a national statute at least as to standards applicable to such sales at any level of trade. It would appear that the provincial power to regulate local trade could be permanently frustrated by persistent "shadow legislation" on the part of the federal Parliament. The answer to this problem may be discovered in other proceedings where these issues arise and must be answered, but the disposition of this appeal does not require the establishment of the line of demarcation between the trade and commerce domain and the regulation of local trade by the provincial Legislature.

The learned Justice in Chambers in the High Court, in finding the federal statute to be applicable, stated in part:

It is the creation of a national mark to which traders, including local traders, may have recourse. It is only when the province enacts legislation requiring those local traders to resort to that mark and fulfil the requirements for its use that there arises regulation of trade and commerce within the province. And that, of course, is brought about by Provincial and not Federal legislation.

That, in my respectful view, represents a line of convenience rather than a line of differentiation. The local traders have no "recourse" to the nation-

Attorney-General for Canada, précité, p. 387. Ce jugement déclarait que la réglementation du Dominion ne peut pas embrasser les échanges locaux simplement parce que, dans une matière identique, l'intérêt extérieur est prédominant.

Si une province considère inopportun le résultat de sa législation combinée avec celle du Parlement du Canada, en l'espèce la poursuite judiciaire d'un vendeur local, quel recours a-t-elle dans de telles circonstances? Elle pourrait, bien sûr, abolir son programme de réglementation reconnu valide. Subsidiairement, la province pourrait dégager sa législation de l'emprise de la loi fédérale en adoptant une terminologie descriptive différente pour la réglementation des produits. Une telle mesure deviendrait, bien sûr, futile si le Parlement fédéral décidait d'adopter ces termes par une loi modificatrice complémentaire ou d'autoriser à le faire par règlement. De cette façon, la vente des produits naturels à l'intérieur d'une province serait valablement réglementée par une loi nationale, au moins en ce qui concerne les normes applicables à ces ventes à tous les paliers d'échange. Il semble que le pouvoir provincial de réglementer le commerce local pourrait être frustré de façon permanente par une «législation parallèle» persistante du Parlement fédéral. On pourra trouver la solution à ce problème dans d'autres procédures où ces points litigieux se poseront et devront être tranchés, mais il n'est pas nécessaire dans ce pourvoi de tirer la ligne de démarcation entre le domaine des échanges et du commerce et la réglementation du commerce local par la Législature provinciale.

En concluant à l'applicabilité de la loi fédérale, le savant juge de la Haute Cour, en chambre, a notamment dit:

[TRADUCTION] C'est la création d'une marque nationale à laquelle les marchands, y compris les marchands locaux, peuvent avoir recours. C'est uniquement lorsque la province édicte une loi obligeant ces marchands locaux à utiliser cette marque et à se conformer aux exigences de son utilisation qu'il y a réglementation des échanges et du commerce à l'intérieur de la province. Et cela, bien sûr, découle de la loi provinciale et non de la loi fédérale.

Avec égards, je crois que cela représente plus une solution de facilité qu'une différenciation. On ne peut pas plus dire que les marchands locaux ont

al statute any more than it can be said that a person may or may not exert his right to breathe. It is also, in my respectful view, quite wrong to regard the federal statute as being an innocent creation of something akin to a trade mark and to thereby assume that this federal statute is trade mark legislation. In fact and in law, it is marketing legislation enacted without sovereign power to do so in the hope that this deficiency will be filled with dovetailing provincial sovereign legislation. The province has cooperated in bringing in the marketing plan but takes the position here, and I believe rightly so, that the operative statute which may have been offended by the appellant is not the so-called trade mark legislation but the genuine marketing legislation of the province designed to fill the constitutional gap with reference to the marketing of fruit and vegetables in the Province of Ontario.

The Ontario Lieutenant-Governor in Council may have responded to the federal statute by adopting the same standards and terminology in its marketing legislation concerning natural products. It may be helpful to refer for the legislative and regulatory history of these trade regulation schemes to the schedule attached hereto. The executive branch of the federal government now seeks to arrogate to itself the enforcement, in real terms, of the provincial cooperating statute. It is resisted, not surprisingly, by the executive branch of the Ontario government. The legislative branches having cooperated so eminently in establishing a comprehensive marketing scheme, it is as unseemly as it is wasteful for this contest to have arisen between the two administrative or executive agencies. In the result, we have the spectacle of the respective executive branches of the two cooperating governments disputing the rights of administration of a marketing plan which could only be implemented at the local level by the exercise of provincial authority. If such cooperation at the legislative level must result in the wasteful overlapping or doubledecking of administration or enforcement, the constitutional plan designed and constructed in the *British North America Act* and as evolved through the decisions of the Privy

«recours» à la loi nationale qu'on ne peut dire qu'une personne peut ou non exercer son droit de respirer. De plus, je crois avec égards qu'il est tout à fait erroné de considérer la loi fédérale comme une création innocente de quelque chose semblable à une marque de commerce et de présumer par le fait même qu'il s'agit d'une loi fédérale en matière de marques de commerce. En fait et en droit, il s'agit d'une loi sur la commercialisation édictée sans pouvoir souverain à cette fin dans l'espoir que cette faille sera comblée par une loi provinciale réconciliable, relevant de la souveraineté provinciale. La province a coopéré en instaurant un régime de commercialisation mais invoque, avec raison je crois, que la loi applicable à laquelle l'appelante peut avoir contrevenu n'est pas la soi-disant législation sur les marques de commerce, mais la véritable législation provinciale sur la commercialisation qui vise à combler la lacune constitutionnelle relative à la commercialisation des fruits et légumes dans la province de l'Ontario.

Le lieutenant-gouverneur en conseil de la province de l'Ontario a peut-être réagi à la loi fédérale en adoptant les mêmes normes et la même terminologie dans sa loi sur la commercialisation des produits naturels. Il pourra être utile de se référer à l'annexe ci-jointe en ce qui a trait à l'histoire législative et réglementaire de ces régimes de réglementation du commerce. L'exécutif fédéral cherche maintenant à s'arroger à proprement parler la mise en application de la loi provinciale solidaire de la sienne. Il n'est pas étonnant que l'exécutif du gouvernement de l'Ontario s'y oppose. Les pouvoirs législatifs ayant coopéré de façon aussi remarquable en instaurant un programme de commercialisation global, il est aussi incongru qu'inutile que ce conflit ait pris naissance entre les deux organismes administratifs ou exécutifs. Finalement, voilà les exécutifs respectifs des deux gouvernements coopérateurs qui se disputent les droits d'administration d'un programme de commercialisation qui ne peut être mis en vigueur au niveau local que par l'exercice d'un pouvoir provincial. Si une telle coopération sur le plan législatif doit entraîner un empiètement et un chevauchement inutiles de l'administration ou des poursuites, le régime constitutionnel conçu et élaboré dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britanni-*

Council and this Court must surely be defeated. Constitutional interpretation is not, of course, controlled completely by competing results or consequences. Where, however, a reasonable interpretation consistent with the authorities can be put upon the constitution so as to ensure or bring about a sensible, workable result, a court should, in my view, adopt such interpretation. This must be particularly true where the alternative interpretation is offensive to the very plan into which the two plenary authorities have entered for the joint regulation of a segment of the community's activities.

The federal statute seeks to add another consequence to the same action already proscribed under the Ontario Act. It is said that the result is simply that if the retailer affixes to the apples the "extra fancy" grade identification, he is to be prosecuted under the federal statute (assuming quality does not match the prescribed standards), but if he does not affix the label, he is to be prosecuted under the provincial Act. To that result, my strong preference is for the simple solution that Part I of the federal statute is inapplicable to the local trade here in question, and hence the charge, if any, must be laid under the provincial statute.

This is not to say that the public is left unprotected, for indeed, the provincial legislation, *The Farm Products Grades and Sales Act*, R.S.O. 1970, c. 161 as amended, is co-extensive with the federal legislation. Indeed it is typical of action taken by the provinces for the regulation of the marketing of farm products.

It is not necessary to determine, in my view, whether Part I is *ultra vires* the Parliament of Canada *in toto* and we are not invited by the appellant to do so. It is sufficient if it is found to be inapplicable to the events as alleged in the charge laid against the appellant under the federal statute. It may be that Part I has at least a partial validity in that the grading program of s. 3 is integrated with the international and interprovincial trade program which is the subject of Part II of the statute, but in my view, s. 3 has no validity in relation to purely intraprovincial transactions

que et issu des arrêts du Conseil privé et de cette Cour, va sûrement être mis en échec. Des conséquences ou des résultats divergents ne peuvent évidemment pas être une source exclusive d'interprétation constitutionnelle. Cependant, s'il est possible de donner à la constitution une interprétation raisonnable et compatible avec la jurisprudence de manière à assurer ou à amener un résultat sensé et pratique, une cour doit, à mon avis, l'adopter. Cela doit être particulièrement vrai lorsque l'interprétation subsidiaire va à l'encontre du programme même que, dans la plénitude de leurs pouvoirs, les deux autorités ont institué pour la réglementation conjointe d'un secteur d'activités de la collectivité.

La loi fédérale cherche à ajouter une autre conséquence à la conduite déjà prohibée par la loi ontarienne. On allègue que le résultat est simplement que si le détaillant indique sur les pommes la catégorie «extra de fantaisie», il sera poursuivi en vertu de la loi fédérale (si la qualité ne répond pas aux normes prescrites), mais s'il n'appose pas l'étiquette, il sera poursuivi en vertu de la loi provinciale. A ce résultat, je préfère de beaucoup la solution simple voulant que la Partie I de la loi fédérale soit inapplicable au commerce local dont il est question ici et, donc, que l'accusation, le cas échéant, doive être portée en vertu de la loi provinciale.

Cela ne veut pas dire que le public n'est pas protégé car, en réalité, la loi provinciale *The Farm Products Grades and Sales Act*, R.S.O. 1970, chap. 161 et modifications, a la même portée que la loi fédérale. D'ailleurs, elle illustre bien ce que font les provinces pour réglementer la commercialisation des produits agricoles.

Il n'est pas nécessaire, à mon avis, de décider si la Partie I est complètement *ultra vires* du Parlement du Canada, l'appelante ne nous a d'ailleurs pas demandé de le faire. Il suffit qu'elle soit jugée inapplicable aux circonstances alléguées dans l'accusation portée contre l'appelante en vertu de la loi fédérale. Il se peut que la Partie I soit au moins partiellement valide parce que le régime de classification de l'art. 3 est intégré à celui du commerce international et interprovincial qui fait l'objet de la Partie II de la Loi mais, à mon avis, l'art. 3 n'est aucunement valide à l'égard des opérations pure-

and in that respect is *ultra vires*. This was the course followed in the interpretation of legislation by Kellock J. in somewhat similar circumstances in the *Reference as to the Applicability of The Minimum Wage Act of Saskatchewan to an Employee of a Revenue Post Office*¹³, at p. 268.

It may well be that the state of the interpretation of the *British North America Act*, which I have summarized at the outset with reference to the decisions of the Privy Council, is not now a correct description of the federal power under s. 91(2). It may well be that in a proper proceeding where the circumstances raise the issue of the reach of s. 91(2), this Court will have occasion to deal with the interlocking of the federal and provincial power with reference to the local marketing of articles of commerce, both natural products and otherwise, which have entered the interprovincial and international trade stream. It is not necessary, in my view, to investigate those principles in order to properly dispose of this case, and I therefore do no more than reiterate that the disposition which I propose is based entirely on the state of the law as we find it to be in those decisions mentioned at the outset.

The respondent touched upon the possibility that Part I could find its constitutional validity in criminal law (91 (27)). One need go no further in disposing of this issue than to refer to the words of Rand J. in *Re The Validity of s. 5(a) of the Dairy Industry Act*¹⁴, at p. 50. Argument was also submitted by the respondent that Part I might be constitutionally supported by the power in relation to agriculture found in s. 95. I say no more than to point out that these apples clearly form no part of the process of agriculture once they have entered the commercial marketing conduits and therefore I believe the fate of these proceedings in no way turns upon the availability of s. 95 of the *British North America Act*. See *Re Agricultural Products Marketing Act*¹⁵, per Pigeon J. at p. 1294.

ment intra-provinciales et est à cet égard *ultra vires*. Tel est le raisonnement suivi par le juge Kellock pour interpréter une loi dans des circonstances assez semblables, dans le *Renvoi sur l'applicabilité de la Minimum Wage Act de la Saskatchewan à un employé d'un bureau de poste*¹³, à la p. 268.

Il se peut bien que l'état de l'interprétation de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique que j'ai résumé au début compte tenu des décisions du Conseil privé, ne soit plus maintenant une description exacte du pouvoir fédéral aux termes du par. 91(2). Il se peut bien que dans des procédures appropriées où les circonstances soulèveront la question de la portée du par. 91(2), cette Cour soit appelée à examiner l'interdépendance des pouvoirs fédéral et provinciaux relativement à la commercialisation locale des articles de commerce, tant des produits naturels que des autres, qui circulent dans le commerce international et interprovincial. Il n'est pas nécessaire, à mon avis, d'étudier ces principes pour trancher la présente affaire de façon appropriée et je me contente donc de répéter que la décision que j'envisage est entièrement fondée sur l'état du droit tel qu'il se dégage des arrêts mentionnés au début.

L'intimée a évoqué que la constitutionnalité de la Partie I pourrait trouver sa source dans le droit criminel (91(27)). Pour trancher cet argument, il suffit de se référer à ce qu'a dit le juge Rand dans *Re la validité du par. 5a) de la Loi de l'industrie laitière*¹⁴, à la p. 50. L'intimée a également avancé que le pouvoir relatif à l'agriculture qui se trouve à l'art. 95 pourrait appuyer la constitutionnalité de la Partie I. Je me contente de souligner que dès qu'elles se retrouvent dans le réseau de la commercialisation, ces pommes ne font nettement plus partie du domaine de l'agriculture et je crois donc que le sort des présentes procédures ne dépend aucunement d'un recours à l'art. 95 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Voir *Re Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*¹⁵, le juge Pigeon à la p. 1294.

¹³ [1948] S.C.R. 248.

¹⁴ [1949] S.C.R. 1.

¹⁵ [1978] 2 S.C.R. 1198.

¹³ [1948] R.C.S. 248.

¹⁴ [1949] R.C.S. 1.

¹⁵ [1978] 2 R.C.S. 1198.

For these reasons I would allow the appeal, set aside the judgments of the Court of Appeal and the High Court, and restore the order of the Provincial Court Judge quashing these charges, with costs throughout to the appellant.

SCHEDULE

HISTORY OF APPLE REGULATIONS

First Phase

1935—Parliament of Canada enacted *Fruit, Vegetables and Honey Act*, S.C. 1935, c. 62.

In 1936 regulations were issued adopting standards for apples almost identical to the present standards in the federal regulations under the *Canada Agricultural Products Standards Act* (see below).

1937—Privy Council judgment in *A.G. for B.C. v. A.G. for Canada*, [1937] A.C. 377 finding *ultra vires* *Natural Products Marketing Act* of 1934.

Second Phase

1937—Province of Ontario enacted *The Farm Products Grades and Sales Act, 1937*, S.O. 1937, c. 24 (present citation—R.S.O. 1970, c. 161) under which regulations were immediately promulgated establishing essentially the same standards as under the 1935 federal Act (*Fruit, Vegetables and Honey Act supra*).

At this stage both the federal scheme of 1935-6 and the provincial scheme of 1937 were compulsory.

Third Phase

1955—*Canada Agricultural Products Standards Act*, S.C. 1955, c. 27 (present citation—R.S.C. 1970, c. A-8) established a voluntary marketing scheme.

1965—Regulations were promulgated under this Act adopting the same regulations as had been promulgated in 1936 under the *Fruit*,

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmar les décisions de la Cour d'appel et de la Haute Cour et de rétablir l'ordonnance du juge de la Cour provinciale annulant ces accusations, avec dépens à l'appelante dans toutes les cours.

ANNEXE

HISTORIQUE DE LA RÉGLEMENTATION DES POMMES

Première étape

1935—Le Parlement du Canada édicte la *Loi sur les fruits, les légumes et le miel*, S.C. 1935 chap. 62.

En 1936, adoption par un règlement de normes pour les pommes presque identiques aux normes actuelles du règlement d'application de la *Loi sur les normes des produits agricoles du Canada* (voir ci-dessous).

1937—L'arrêt du Conseil privé, *A.G. for B.C. v. A.G. for Canada*, [1937] A.C. 377, juge *ultra vires* la *Loi sur l'organisation du marché des produits naturels* de 1934.

Deuxième étape

1937—La province de l'Ontario édicte *The Farm Products Grades and Sales Act, 1937*, S.O. 1937, chap. 24 (référence actuelle—R.S.O. 1970, chap. 161) sous l'empire de laquelle un règlement est immédiatement promulgué établissant essentiellement les mêmes normes que celles de la loi fédérale de 1935 (*Loi sur les fruits, les légumes et le miel*, précitée).

A ce stade, le régime fédéral de 1935-1936 et le régime provincial de 1937 sont tous les deux obligatoires.

Troisième étape

1955—La *Loi sur les normes des produits agricoles du Canada*, S.C. 1955, chap. 27 (référence actuelle—S.R.C. 1970, chap. A-8) établit un régime de commercialisation facultatif.

1965—Un règlement est promulgué sous l'empire de cette loi adoptant le même règlement que celui promulgué en 1936 en vertu

Vegetables and Honey Act whose repeal under that Act was simultaneous with the promulgation of these regulations.

In summary, the compulsory federal scheme with an integrated compulsory provincial scheme was put in place from 1935 to 1937 and was modified in 1965 leaving the provincial scheme compulsory and the federal scheme voluntary. In the course of this 30-year span of compulsory regulation, the Privy Council found the 1934 federal natural products marketing legislation *ultra vires*.

Appeal allowed, order quashing charges restored, with costs throughout to the appellant, LASKIN C.J. and RITCHIE, DICKSON and MCINTYRE dissenting.

Solicitors for the appellant: Fraser & Beatty, Toronto.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

Solicitor for the intervenor: H. Allan Leal, Toronto.

de la *Loi sur les fruits, les légumes et le miel* dont l'abrogation en vertu de cette loi est simultanée à la promulgation de ce règlement.

En résumé, le régime fédéral obligatoire avec un régime provincial obligatoire intégré a existé de 1935 à 1937 et a été modifié en 1965, laissant le régime provincial obligatoire et le fédéral facultatif. Pendant cette période de 30 ans de réglementation obligatoire, le Conseil privé a jugé que la loi fédérale de 1934 sur la commercialisation des produits naturels était *ultra vires*.

Pourvoi accueilli et ordonnance annulant les accusations rétablie avec dépens à l'appelante dans toutes les cours. Le juge en chef LASKIN et les juges RITCHIE, DICKSON et MCINTYRE étant dissidents.

Procureurs de l'appelante: Fraser & Beatty, Toronto.

Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.

Procureur de l'intervenant: H. Allan Leal, Toronto.

Roland Laforet *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1979: March 8; 1979: December 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Jury trial — Bodily harm with intent to wound — Possession of a weapon, an automobile jack — Included offence — Poll of jury — Response of juror — Ambiguity of response — Whether proper course followed by judge — Unanimous verdict finally given.

Appellant indicted on two counts—of causing bodily harm with intent to wound and of having possession of a weapon, namely an automobile jack, for a purpose dangerous to the public peace—was tried before a jury. On count 1 he was found not guilty but guilty of the included offence of assault causing bodily harm. He was found guilty on count 2. His appeal to the Court of Appeal was dismissed without written reasons.

Appellant's grounds of appeal are based on what transpired when the jury was polled after rendering the verdict of guilty. As to count 1, the third juror polled began her response "Not guilty of 1 . . ." The Court then attempted to clarify the question being asked of her. She then reiterated "Not guilty to the first one. Somebody can explain." After a further brief dialogue the jury retired while the judge heard submissions from counsel. Thereafter the jury returned and the judge spoke to the juror in question; the jury again retired and later returned with a unanimous verdict. Appellant's case was in essence that the trial judge acted improperly in following the course adopted after the poll, at which point it was questionable whether the verdict given by the foreman was in fact unanimous.

Held (Dickson and Estey JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz and McIntyre JJ.: The duty of the trial judge in such a situation is that he should carefully assure himself that there is no misapprehension on the part of the jury as to the effect of their verdict and that they concur in the decision. In

Roland Laforet *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1979: 8 mars; 1979: 21 décembre.

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

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

Droit criminel — Procès par jury — Lésions corporelles avec intention de blesser — Possession d'une arme, un cric d'automobile — Infraction incluse — Vérification du verdict — Réponse d'un juré — Réponse ambiguë — La façon de procéder du juge est-elle appropriée? — Verdict unanime finalement rendu.

L'appelant a été inculpé sur deux chefs d'accusation: d'avoir causé des lésions corporelles avec l'intention de blesser et d'avoir eu en sa possession une arme, savoir un cric d'automobile, dans un dessein dangereux pour la paix publique. Il a subi un procès devant jury. Sur le chef n° 1, il a été trouvé non coupable, mais coupable de l'infraction incluse de voies de fait causant des lésions corporelles. Il a été trouvé coupable sur le chef n° 2. Son appel à la Cour d'appel a été rejeté sans motifs écrits.

Les moyens que l'appelant invoque dans ce pourvoi se fondent sur ce qui s'est passé lors de la vérification du verdict auprès de chaque juré, une fois le verdict de culpabilité rendu. Quant au chef n° 1, la troisième jurée a d'abord répondu lors de la vérification «Non coupable de 1 . . . ». La cour a alors essayé d'éclaircir ce qu'on lui demandait. La jurée a alors répété «Non coupable sur le premier. Quelqu'un peut expliquer». A la suite d'un autre bref dialogue, le jury s'est retiré pendant que le juge entendait les arguments des avocats. Ensuite, le jury est revenu et le juge s'est adressé à la jurée en question; le jury s'est de nouveau retiré et est revenu plus tard avec un verdict unanime. L'appelant fait essentiellement valoir que le juge du procès a erré dans sa façon de procéder suite à la vérification du verdict, à un stade où il était douteux que le verdict donné par le président fût bien unanime.

Arrêt (les juges Dickson et Estey sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz et McIntyre: Le devoir du juge du procès en pareil cas est de s'assurer avec soin qu'il n'y a aucun malentendu de la part des jurés quant à l'effet de leur verdict et qu'ils s'entendent sur la décision. Pour réussir dans le présent

order to succeed on the present appeal appellant must show that the trial judge failed in that duty. The judge here took steps to satisfy himself, in asking the jury to retire, then hearing the submissions by counsel, and by enquiring of the juror as to her understanding of the matter and receiving the answer that she understood. There was no error of law on the part of the trial judge. The juror's answers though convoluted were adequate to show that she appreciated the difference between count 1 and the included offence but had difficulty in explaining. The trial judge saw and heard the juror and exercised his discretion.

The further ground raised, that the recharge of the trial judge on the question of a unanimous verdict could have caused a juror reasonably to conclude that a jury did not have a right to disagree was not justified. Considered in context the reinstruction was no more than a request that the jury again consider the issue as to whether or not they were indeed unanimous, and whether the verdict was a true one.

Finally, there was no error on the part of the judge in failing to have the jury polled on count 2. Such polling is not a legal requirement. A request to poll is usually allowed where doubt as to unanimity appears to exist. At the request of counsel the jury was polled on count 1 but no request was made as to count 2 and there was no indication that the juror was in doubt as to her verdict on that count.

Per Dickson and Estey JJ., dissenting: The only issue is whether or not on the record as revealed in the transcript the appellant was indeed found guilty by a court composed of a judge and a jury which was properly charged and delivered its unanimous verdict according to law. The difficulty arises in the juror's initial response. She said the accused was not guilty to "the first one"; presumably the first charge. What was not clear was whether the juror meant not guilty to the charge and any lesser included offences or to the charge only. There was further ambiguity in her second response, *i.e.*, whether or not her reference to "the second" referred to the second charge or to a lesser included offence in the first charge. Further, comments by counsel indicated a common impression by both counsel that the juror did not understand the first charge and any lesser included offences. Notwithstanding this state of affairs as revealed on the record as between counsel and Court and juror and Court the judge proceeded to address the jurors not as to the charges concerning which juror had revealed at least

pourvoi, l'appelant doit démontrer que le juge du procès a manqué à ce devoir. Le juge en l'espèce a pris des mesures pour s'en assurer: il a demandé au jury de se retirer puis a entendu les arguments des avocats; il a questionné la jurée quant à sa compréhension de l'affaire, ce à quoi elle a répondu qu'elle comprenait. Le juge du procès n'a commis aucune erreur de droit. Les réponses de la jurée, quoique embrouillées, ont adéquatement montré qu'elle réalisait la différence entre le chef n° 1 et l'infraction incluse, mais qu'elle avait de la difficulté à l'expliquer. Le juge du procès a vu et entendu la jurée et il a exercé son pouvoir discrétionnaire.

L'autre moyen invoqué, savoir que les nouvelles directives du juge sur la question du verdict unanime auraient pu raisonnablement amener un juré à conclure que le jury n'avait pas le droit d'être en désaccord, n'est pas justifié. Examinées dans le contexte, les nouvelles directives ne sont rien de plus qu'une demande aux jurés d'examiner de nouveau si leur verdict était en fait unanime et s'il était valide.

Enfin, le juge n'a pas commis d'erreur en omettant de faire vérifier le verdict quant au chef n° 2. Pareille vérification n'est pas juridiquement requise. On fait habituellement droit à une demande de vérification lorsqu'il paraît y avoir un doute sur l'unanimité. A la demande de l'avocat, on a vérifié individuellement le verdict sur le chef n° 1, mais aucune demande n'a été présentée quant au chef n° 2 et rien n'indiquait que la jurée entretenait un doute quant à son verdict sur ce chef.

Les juges Dickson et Estey, dissidents: La seule question en litige est de savoir si, suivant le dossier qui découle de la transcription, l'appelant a bien été déclaré coupable par une cour composée d'un juge et d'un jury qui a reçu des directives appropriées et a rendu son verdict unanime conformément à la loi. La difficulté vient de la réponse initiale de la jurée. Elle a déclaré que l'accusé n'était pas coupable sur «le premier»; probablement le premier chef. On peut se demander si la jurée a voulu dire non coupable du chef et de toutes infractions moindres incluses ou du chef seulement. Une autre ambiguïté provient de la seconde réponse, *c.-à-d.* si elle fait référence au second chef ou à une infraction moindre incluse dans le premier chef lorsqu'elle parle «du second». De plus, les remarques des avocats indiquent qu'ils ont tous deux eu l'impression que la jurée ne comprenait pas la première accusation et la question de l'infraction moindre et incluse. Nonobstant la situation entre les avocats et le juge et entre celui-ci et la jurée, que révèle le dossier, le juge a donné aux jurés des directives non sur les accusations au sujet desquelles la

some misunderstanding but rather on the need for a unanimous verdict. It was for the appellate tribunal to determine if the circumstances revealed by the record demanded that the presiding justice reinstruct the jury on those points of law which seemed to be raised by the juror and on any pertinent segments of the evidence. In this case it seems that the judge did not adequately respond to the needs of the juror and there should therefore be a new trial.

[*R. v. Ford* (1853), 3 U.C.C.P. 209; *R. v. Bryan* (1971), 1 C.C.C. (2d) 342; *R. v. Recalla*, [1935] O.R. 479, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario dismissing without written reasons an appeal from convictions of assault causing bodily harm and of possession of a weapon dangerous to the public peace. Appeal dismissed, Dickson and Estey JJ. dissenting.

A. Z. Kerekes, for the appellant.

W. J. Blacklock, for the respondent.

The judgment of Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz and McIntyre JJ. was delivered by

MARTLAND J.—The appellant was indicted on two counts, that he:

1. ... at the City of Windsor in the County of Essex, on or about the 22nd day of August, 1975, with intent to wound Brian Maskery did cause bodily harm to the said Brian Maskery, contrary to the *Criminal Code* of Canada;
2. ... at the City of Windsor in the County of Essex, on or about the 22nd day of August, 1975, did have in his possession a weapon, to wit: an automobile jack, for a purpose dangerous to the public peace, contrary to the *Criminal Code* of Canada.

He was tried before a jury. On count 1, he was found not guilty of the offence charged, but guilty of the included offence of assault causing bodily harm. He was found guilty on count 2.

His appeal to the Court of Appeal was dismissed without written reasons. He appeals, with leave, to this Court.

jurée avait manifesté au moins une certaine confusion, mais plutôt sur la nécessité d'un verdict unanime. Il revient au tribunal d'appel de décider si les circonstances révélées par le dossier exigeaient que le juge du procès donne au jury de nouvelles directives sur les points de droit que le juré semble soulever et sur tous les éléments pertinents de la preuve. Dans la présente affaire, il semble que le juge n'a pas répondu adéquatement aux besoins de la jurée et, en conséquence, un nouveau procès devrait être ordonné.

[Jurisprudence: *R. v. Ford* (1853), 3 U.C.C.P. 209; *R. v. Bryan* (1971), 1 C.C.C. (2d) 342; *R. v. Recalla*, [1935] O.R. 479.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté sans motifs écrits un appel des déclarations de culpabilité de voies de fait causant des lésions corporelles et de possession d'une arme dangereuse pour la paix publique. Pourvoi rejeté, les juges Dickson et Estey étant dissidents.

A. Z. Kerekes, pour l'appelant.

W. J. Blacklock, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz et McIntyre rendu par

LE JUGE MARTLAND—L'appelant a été inculpé sous deux chefs d'accusation d'avoir:

1. ... à Windsor dans le comté d'Essex, le 22 août 1975 ou vers cette date, avec l'intention de blesser Brian Maskery, causé à Brian Maskery des lésions corporelles contrairement au *Code criminel* du Canada;
2. ... à Windsor dans le comté d'Essex, le 22 août 1975 ou vers cette date, eu en sa possession une arme, savoir: un cric d'automobile, dans un dessein dangereux pour la paix publique contrairement au *Code criminel* du Canada.

Il a subi un procès devant jury. Sur le chef n° 1, il a été trouvé non coupable de l'infraction dont il avait été inculpé, mais coupable de l'infraction incluse de voies de fait causant des lésions corporelles. Il a été trouvé coupable sur le chef n° 2.

Son appel à la Cour d'appel a été rejeté sans motifs écrits. Il se pourvoit devant cette Cour sur autorisation.

The appellant's grounds of appeal are based upon what transpired when the jury was polled after the verdict of guilty had been rendered. I quote the relevant portions of the transcript:

THE CLERK: The jurors are all present Your Honour. Members of the jury have you agreed upon your verdict. Mr. Foreman, do you find the prisoner at the bar guilty or not guilty as charged. Count No. 1.

THE FOREMAN: Not guilty as charged, but guilty of the included offence of assault causing bodily harm.

THE CLERK: And count No. 2.

THE FOREMAN: Guilty as charged.

THE CLERK: Members of the jury harken to your verdict as the court hath recorded it. You say the prisoner at the bar is not guilty as charged on Count No. 1, but guilty of assault causing bodily harm and guilty as charged on count No. 2. So say you all?

THE JURY: Yes.

THE COURT: Mr. Cottrell would you like the jury to be polled.

MR. COTTRELL: I would like to poll the jury Your Honour.

THE CLERK: Members of the jury as I call your name, would you answer guilty of assault causing bodily harm on count No. 1 or not guilty if your verdict be not guilty.

1ST JUROR—Guilty of assault causing bodily harm.

2ND JUROR—Guilty of assault causing bodily harm.

3RD JUROR—Not Guilty of 1 —

THE COURT: Mrs. Sfalcin, you are being asked if on the first count in the indictment you found the accused not guilty of the original count, but guilty of the included offence of assault causing bodily harm.

3RD JUROR—Not Guilty to the first one. Somebody can explain.

MR. COTTRELL: With respect Your Honour really, perhaps this particular juror may have had some difficulty understanding.

3RD JUROR—I can understand for the second, not the first one.

THE COURT: Mrs. Sfalcin, would you stand please.

Les moyens que l'appelant invoque dans ce pourvoi se fondent sur ce qui s'est passé lors de la vérification du verdict auprès de chaque juré, une fois le verdict de culpabilité rendu. Je cite les passages pertinents de la transcription:

[TRADUCTION] LE GREFFIER: Les jurés sont tous présents, M. le juge. Membres du jury vous êtes-vous entendus sur votre verdict? M. le président, trouvez-vous l'accusé coupable ou non coupable sur le chef n° 1?

LE PRÉSIDENT: Non coupable de l'infraction imputée, mais coupable de l'infraction incluse de voies de fait causant des lésions corporelles.

LE GREFFIER: Et sur le chef n° 2.

LE PRÉSIDENT: Coupable.

LE GREFFIER: Membres du jury, écoutez le verdict que la Cour a enregistré. Vous déclarez l'accusé non coupable de l'infraction imputée au chef n° 1, mais coupable de voies de fait causant des lésions corporelles et coupable sur le chef n° 2. C'est là ce que vous dites tous?

LE JURY: Oui.

LA COUR: M^e Cottrell, voulez-vous une vérification individuelle du verdict?

M^e COTTRELL: J'aimerais bien, M. le juge.

LE GREFFIER: Membres du jury, à l'appel de votre nom, voulez-vous répondre coupable de voies de fait causant des lésions corporelles sur le chef n° 1 ou non coupable si tel est votre verdict.

1^{er} JURÉ—Coupable de voies de fait causant des lésions corporelles.

2^e JURÉ—Coupable de voies de fait causant des lésions corporelles.

3^e JURÉE—Non coupable de 1—

LA COUR: M^{me} Sfalcin, on vous demande si sur le premier chef de l'acte d'accusation, vous avez trouvé l'accusé non coupable de l'infraction imputée mais coupable de l'infraction incluse de voies de fait causant des lésions corporelles.

3^e JURÉE—Non coupable sur le premier. Quelqu'un peut expliquer.

M^e COTTRELL: Franchement, M. le juge, avec égards, cette jurée a peut-être eu une certaine difficulté à comprendre.

3^e JURÉE: Je peux comprendre le second, pas le premier.

LA COUR: M^{me} Sfalcin, levez-vous s'il-vous-plaît.

(Juror stands)

THE COURT: Did you understand the evidence Mrs. Sfalcin?

3RD JUROR—I understand, but when they said, not the first thing, really try to do something, guilty not, but just to scare the man, in the second line of the No. 2 and the B1 say not—

THE COURT: Did you understand, did you understand the different verdicts that I read out for the jury?

3RD JUROR—Yes. Is not the first one really try to do something but the second try to scare the—(interposing)

THE COURT: Ladies and Gentlemen, I am going to ask you to retire to the jury room for a few minutes.

NOTE: Jury retires to the jury room.

The trial judge then heard submissions from counsel, which included the following:

MR. COTTRELL: With respect Your Honour, not intending any disrespect for that particular juror, but it appears from the conversation we had up to this point, she doesn't understand. What she said, she called it A and B and has a difficulty of explaining it. I think there is a serious doubt whether she understood the evidence, obviously she is having—again with no disrespect to her, she is having difficulty explaining her position.

THE COURT: She is having difficulty in expressing herself no question about that. I am very concerned about her, if she fully understood the evidence as it was stated, and fully understood the distinction between the original charge and the included offence.

Following the completion of the submissions by counsel, the jury returned and the judge spoke to Mrs. Sfalcin and to the jury, as follows:

THE COURT: Mrs. Sfalcin, I am just going to ask you one question, I don't want to get into any discussion with you. I just want you to answer the question that I will ask. Did you understand clearly, the evidence that was given in this trial?

THE JUROR: Yes.

THE COURT: Ladies and gentlemen of the jury, as I explained to you at the outset, it is necessary that this verdict be unanimous. I want to make it clear that everyone has agreed on the verdict that you will render to insure that there is a true verdict. I am going to ask you to bear with me, and to retire to the jury room for another fifteen minutes, at which time if you feel that

(La jurée se lève)

LA COUR: Avez-vous compris la preuve, M^{me} Sfalcin?

3^e JURÉE—Je comprends, mais lorsqu'ils ont dit, pas la première chose, en fait essayer de faire quelque chose, pas coupable mais seulement pour faire peur à l'homme, dans la deuxième ligne du n^o 2 et le B1 dit pas—

LA COUR: Avez-vous compris, avez-vous compris les différents verdicts que j'ai lus au jury?

3^e JURÉE—Oui. Est-ce que le premier n'est pas en fait essayer de faire quelque chose mais le second essayer de faire peur à—(interposition)

LA COUR: Mesdames et messieurs, je vais vous demander de vous retirer dans la salle du jury quelques instants.

NOTE: Le jury se retire dans la salle du jury.

Le juge du procès a alors entendu les arguments des avocats, notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] M^e COTTRELL: Avec égards, M. le juge, sans vouloir manquer de respect à cette jurée, il ressort de la conversation jusqu'ici qu'elle ne comprend pas. Ce qu'elle a dit, elle l'a appelé A et B et a eu de la difficulté à l'expliquer. Je crois qu'il y a un doute sérieux qu'elle ait compris la preuve, de toute évidence elle a—encore une fois sans lui manquer de respect, elle a de la difficulté à expliquer son point de vue.

LA COUR: Elle a de la difficulté à s'exprimer, il n'y a aucun doute là-dessus. Elle m'inquiète beaucoup; je me demande si elle a bien compris la preuve qui a été présentée, et bien compris la distinction entre l'accusation originale et l'infraction incluse.

Une fois les plaidoiries des avocats terminées, le jury est revenu et le juge s'est adressé à M^{me} Sfalcin et au jury en ces termes:

[TRADUCTION] LA COUR: M^{me} Sfalcin, je vais vous poser une seule question. Je ne veux pas engager de discussion avec vous. Je désire seulement que vous répondiez à la question que je vais vous poser. Avez-vous compris clairement la preuve qui a été présentée au cours de ce procès?

LA JURÉE: Oui.

LA COUR: Mesdames et messieurs du jury, comme je vous l'ai expliqué au départ, il faut que ce verdict soit unanime. Je veux qu'il soit clair que chacun doit être d'accord avec le verdict que vous allez rendre afin de garantir qu'il y a un verdict valide. Je vais vous demander d'être patients et de vous retirer dans la salle de délibérations pendant quinze autres minutes et, si vous

there is a complete unanimity amongst you, with reference to the verdict, you will come back and render the verdict again.

A further submission was made by counsel for the accused at the end of which the judge said:

... It is my view that the situation that confronts this court is that I am not satisfied that the verdict of the jury is unanimous, as I feel that I am entitled to require the jury to return to the jury room to consider the question that is before them, and to arrive at a unanimous verdict, if that is possible, and that is what I intend.

The jury returned later and the transcript reads:

THE CLERK: Members of the jury have you agreed upon your verdict. Mr. Foreman, do you find the prisoner at the bar guilty or not guilty as charged on count No. 1.

THE FOREMAN: We find, not guilty as charged, but guilty of the included offence of assault causing bodily harm, and count No. 2 guilty as charged. And it is unanimous.

THE COURT: Mr. Cottrell, do you wish to have the jury polled.

MR. COTTRELL: Yes Your Honour.

THE CLERK: Members of the jury, as I call your name would you please answer guilty if your verdict be guilty, or not guilty as charged but guilty of assault causing bodily harm or not guilty.

ALL THE JURORS SAID: Not guilty as charged, but guilty of an offence assault causing bodily harm.

THE COURT: Ladies and Gentlemen of the Jury, I wish to thank you for the kind attention you have paid to the evidence in this case. I must say that on the evidence as I have heard it, I do agree with your verdict that you have arrived at. Thank you again for taking part in the administration of justice in the country. You are free to retire.

The appellant has raised a number of grounds but the principal ones are, in essence, that the trial judge acted improperly in following the course which he adopted after the difficulty arose in respect of the answer made by Mrs. Sfalcin, hereinafter referred to as "the juror", to the Clerk when the jury was polled. At that point it was questionable whether the verdict of guilty in

êtes alors d'avis que vous êtes complètement unanimes sur le verdict, vous reviendrez et rendrez le verdict de nouveau.

L'avocat de l'accusé a fait valoir d'autres arguments à la suite desquels le juge a dit:

[TRADUCTION] ... A mon avis cette cour se trouve dans une situation où je ne suis pas convaincu que le verdict du jury est unanime, et j'estime avoir le droit de demander au jury de retourner dans la salle de délibérations pour examiner la question qui lui est soumise et arriver à un verdict unanime, si c'est possible, et c'est là mon intention.

Le jury est revenu plus tard et la transcription se lit ainsi:

[TRADUCTION] LE GREFFIER: Membres du jury vous êtes-vous entendus sur votre verdict? M. le Président, trouvez-vous l'accusé coupable ou non coupable sur le chef n° 1?

LE PRÉSIDENT: Nous le trouvons non coupable de l'infraction imputée, mais coupable de l'infraction incluse de voies de fait causant des lésions corporelles, et coupable sur le chef n° 2. Et nous sommes unanimes.

LA COUR: M^e Cottrell, voulez-vous une vérification individuelle du verdict?

M^e COTTRELL: Oui, M. le juge.

LE GREFFIER: Membres du jury, à l'appel de votre nom, voulez-vous répondre coupable si tel est votre verdict, ou non coupable de l'infraction imputée mais coupable de voies de fait causant des lésions corporelles ou non coupable.

TOUS LES JURÉS ONT DIT: Non coupable de l'infraction imputée, mais coupable de l'infraction de voies de fait causant des lésions corporelles.

LA COUR: Mesdames et messieurs du jury, je désire vous remercier de l'attention que vous avez apportée à la preuve dans cette affaire. Je dois dire que, suivant mon appréciation de la preuve, je partage le verdict auquel vous êtes arrivés. Merci encore d'avoir pris part à l'administration de la justice dans ce comté. Vous pouvez vous retirer.

L'appelant a soulevé plusieurs moyens, mais les principaux sont essentiellement que le juge du procès a erré dans sa façon de procéder pour régler la difficulté posée par la réponse de M^{me} Sfalcin, ci-après appelée «la jurée», au greffier lors de la vérification du verdict. A ce stade, il était douteux que le verdict de culpabilité de l'infraction de voies de fait causant des lésions corporelles, donné par le

respect of the offence of assault causing bodily harm, which had been delivered by the foreman, was, in fact, unanimous.

The duty of the trial judge in such a situation was stated many years ago by Chief Justice Macaulay in *R. v. Ford*¹, at p. 217:

That a jury may correct their verdict, or that any of them may withhold assent and express dissent therefrom at any time before it is finally entered and confirmed, is clear from numerous authorities; and the judge presiding over a criminal court cannot be too cautious in being assured that, when a result so serious to the party accused as a verdict of guilty is arrived at, all the jury understand the effect and concur in the decision; and if at any moment, before it is too late, anything occurs to excite suspicion on this subject, he should carefully assure himself that there is no misapprehension in the matter.

The task of the trial judge is stated in this passage as being that he should carefully assure himself that there is no misapprehension in the matter. This statement was adopted by McFarlane, J.A., in the Court of Appeal for British Columbia in *R. v. Bryan*², at p. 344.

That case involved an appeal by the Crown following an acquittal on a charge of indecent assault. When asked by the Clerk if the jury had arrived at a verdict, the foreman stated that they had and that the verdict was not guilty. The Clerk then asked if that was the verdict of all of them, and to rise to indicate that they were unanimous. A member of the jury stated "I'm not", but then arose with the rest of the jurors. The trial judge held that the verdict had been given. The Crown appealed on the basis that the trial judge had erred in holding that a verdict had been given when one juror had stated that she was not in agreement with the verdict. The appeal was dismissed.

McFarlane, J.A., after referring to the statement in the *Ford* case, went on to say that there are no rules to bind the judge as to how he should

président, fût bien unanime.

Le juge en chef Macaulay a énoncé il y a de nombreuses années le devoir du juge du procès en pareil cas dans *R. v. Ford*¹, à la p. 217:

[TRADUCTION] Il ressort clairement d'une abondante jurisprudence qu'un jury peut corriger son verdict, ou qu'un juré peut réserver son accord ou exprimer son désaccord à tout moment avant que le verdict ne soit définitivement enregistré et confirmé; et le juge qui préside une cour de juridiction criminelle ne peut faire preuve de trop de prudence en s'assurant que, lorsqu'on arrive à un résultat aussi lourd de conséquences pour l'accusé qu'un verdict de culpabilité, tous les jurés en comprennent l'effet et souscrivent à la décision; et si, à quelque moment, avant qu'il ne soit trop tard, il se produit quoi que ce soit qui soulève un doute sur ce point, il doit s'assurer avec soin qu'il n'y a pas de malentendu à cet égard.

Il ressort de ce passage que le juge du procès a pour tâche de s'assurer avec soin qu'il n'y a aucun malentendu à cet égard. Le juge McFarlane, en Cour d'appel de la Colombie-Britannique, a adopté cet énoncé dans *R. v. Bryan*², à la p. 344.

Il s'agissait dans cette affaire d'un appel interjeté par le ministère public suite à un acquittement sur une accusation d'attentat à la pudeur. Lorsque le greffier lui a demandé si le jury était arrivé à un verdict, le président du jury a répondu par l'affirmative et que le verdict était non coupable. Le greffier a alors demandé aux jurés si c'était là leur verdict à tous et de se lever pour indiquer qu'ils étaient unanimes. Une jurée a déclaré [TRADUCTION] «Je ne le suis pas» mais s'est ensuite levée avec les autres. Le juge du procès a décidé que le verdict avait été rendu. Le ministère public a fait valoir en appel que le juge du procès avait erré en statuant qu'un verdict avait été rendu alors qu'une jurée avait déclaré ne pas être d'accord. L'appel a été rejeté.

Le juge McFarlane, après avoir mentionné l'énoncé de l'arrêt *Ford*, a poursuivi en disant qu'aucune règle ne lie le juge quant à la manière

¹ (1853), 3 U.C.C.P. 209.

² (1971), 1 C.C.C. (2d) 342.

¹ (1853), 3 U.C.C.P. 209.

² (1971), 1 C.C.C. (2d) 342.

assure himself that there is no misapprehension in the matter. In that case it was pointed out that the jury could have been polled, but that procedure was not required by law. McFarlane, J.A., continued as follows, at pp. 344-45:

I think that in order to succeed on this appeal the Crown must satisfy this Court that the learned trial judge failed to so assure himself. I find no assistance in determining this question from the report made to this Court under *Code*, s. 588 [am. 1960-61, c. 44, s. 10; 1968-69, c. 38, s. 58] in which the learned trial Judge says that he accepted the verdict:

... but upon reflection, I feel that I ought not to have done so: it would have been better, probably, to have sent the jury back for further deliberation.

The fact that on reflection the Judge feels another course might probably have been better does not show that in accepting the verdict, as he did, he had failed at the time to be satisfied in his own mind that the doubt about unanimity was resolved. It may be significant that the verdict was rendered on February 13, 1969, and that the learned Judge's report is dated March 11, 1970.

Counsel for the respondent has pointed out, quite properly, that Crown counsel at the trial remained silent and did not suggest a poll or any other procedure. In my view, this conduct of Crown counsel is not conclusive, but it does indicate to me that counsel too was of the opinion that the jurymen who said "I'm not" had, by standing with the other jurors and by her demeanour given her assent to the verdict of acquittal. It is impossible to rely on speculation as to her gestures and facial expression after she had risen and was standing with the other jurors. These were observed by the learned trial Judge and are not disclosed by the written record.

The learned Judge's remark, "Well, I'm afraid the verdict has been given" is important. It was made after some interval of time. I do not know how long or how short. The words, "I'm afraid" are equivocal. I do not think I should infer from them that there remained a doubt in the Judge's mind that the verdict was unanimous, especially as they are followed immediately by the unequivocal statement "the verdict has been given".

The matter is not entirely free from doubt, but on the whole, I am not persuaded the Judge failed to assure himself that the doubt raised by the jurymen's remark was not really removed by her subsequent conduct. On that view the appeal of the Crown should be dismissed.

de s'assurer qu'il n'y a pas de malentendu. Dans cette affaire on a souligné que l'on aurait pu faire une vérification du verdict mais que cette procédure n'était pas requise par la loi. Le juge McFarlane a poursuivi en ces termes, aux pp. 344 et 345:

[TRADUCTION] J'estime que pour réussir dans cet appel, le ministère public doit convaincre cette cour que le savant juge du procès ne s'en est pas assuré. Rien ne m'aide à trancher cette question dans le rapport soumis à cette Cour conformément à l'art. 588 du *Code* [modifié 1960-61, chap. 44, art. 10; 1968-69, chap. 38, art. 58] dans lequel le savant juge du procès dit avoir accepté le verdict:

... mais après réflexion, je crois que je n'aurais pas dû; il aurait sans doute été préférable de demander au jury de délibérer davantage.

Si après réflexion le juge croit qu'une autre solution eût probablement été préférable, ce n'est pas une preuve qu'au moment où il a accepté le verdict il n'était pas intimement convaincu que le doute sur l'unanimité s'était dissipé. Il peut être révélateur de noter que le verdict a été rendu le 13 février 1969 et que le rapport du savant juge est daté du 11 mars 1970.

L'avocat de l'intimé a souligné, avec raison, que le substitut du procureur général au procès est demeuré muet et n'a pas demandé de vérification individuelle du verdict ni aucune autre procédure. A mon avis, l'attitude du substitut n'est pas concluante, mais elle m'indique que lui aussi était d'avis que la jurée qui avait dit «Je ne le suis pas» avait, en se levant avec les autres jurés et par son attitude, donné son accord au verdict d'acquiescement. Il est impossible de conjecturer sur ses gestes et sur l'expression de son visage lorsqu'elle s'est levée et s'est trouvée debout avec les autres jurés. Le savant juge du procès les a observés et la transcription n'en fait pas état.

La remarque du savant juge «Bon, je crains que le verdict ait été rendu» est importante. Elle a été faite après un certain délai. J'en ignore la durée. Les mots «je crains» sont équivoques. Je ne pense pas devoir en déduire qu'il subsistait un doute dans l'esprit du juge sur l'unanimité du verdict, surtout parce qu'ils sont immédiatement suivis de la proposition non équivoque «le verdict ait été rendu».

Tout doute n'est pas dissipé à cet égard, mais dans l'ensemble, je ne suis pas convaincu que le juge ne s'est pas assuré que le doute soulevé par la remarque de la jurée n'a pas vraiment été dissipé par sa conduite subséquente. L'appel du ministère public doit donc être rejeté.

In order to succeed on the present appeal, the appellant must show that the trial judge failed to assure himself that there was no misapprehension in the matter. In the present case, unlike the *Bryan* case, the trial judge did take steps in order to satisfy himself. He asked the jury to retire and then heard submissions by counsel. Before the jury retired he had received the juror's statement, in answer to his question, that she understood the evidence.

Near the beginning of the discussion with counsel, the judge stated that the juror had difficulty in expressing herself and that he was concerned as to whether she understood the evidence and fully understood the distinction between the original charge and the included offence. He proceeded to hear the submissions of both counsel. Counsel for the appellant contended that the juror did not comprehend the charges and that she had difficulty in understanding the evidence.

The Court then rose and the trial judge had an opportunity to consider the situation. That situation was that he had clearly told the jury in his charge that if the Crown had not proved to their satisfaction the element of intent to wound, or if they had a reasonable doubt on that point, they must consider whether the appellant had committed an assault causing bodily harm. He clearly defined that offence. The jury had returned a verdict of guilty of that offence, but the juror's answer on the poll raised a question as to her concurrence in that verdict.

The jury was recalled. The juror was asked again whether she clearly understood the evidence and she answered "yes". He then instructed the jury that everyone had to agree if there was to be a true verdict. The jury retired. Counsel for the appellant made further submissions. The judge then said:

It is my view that the situation that confronts this court is that I am not satisfied that the verdict of the jury is unanimous, as I feel that I am entitled to require the jury to retire to the jury room to consider the question that is before them, and to arrive at a unanimous verdict, if that is possible, and that is what I intend.

Pour réussir dans le présent pourvoi, l'appelant doit démontrer que le juge du procès a omis de s'assurer qu'il n'y avait aucun malentendu à cet égard. En l'espèce, contrairement à l'affaire *Bryan*, le juge du procès a pris des mesures pour s'en assurer. Il a demandé au jury de se retirer puis a entendu les arguments des avocats. Avant que le jury se retire la jurée lui avait affirmé, en réponse à sa question, qu'elle comprenait la preuve.

Au début de sa discussion avec les avocats, le juge a dit que la jurée avait de la difficulté à s'exprimer et qu'il s'inquiétait de savoir si elle avait compris la preuve et bien compris la distinction entre l'accusation originale et l'infraction incluse. Il a alors entendu les arguments des deux avocats. L'avocat de l'appelant a fait valoir que la jurée ne comprenait pas les accusations et qu'elle avait de la difficulté à comprendre la preuve.

L'audience a alors été levée et le juge du procès a eu la possibilité d'examiner la situation, savoir qu'il avait clairement dit au jury dans son exposé que si la preuve du ministère public ne l'avait pas persuadé de l'existence de l'élément d'intention de blesser, ou s'il avait un doute raisonnable sur ce point, il devait se demander si l'appelant avait commis des voies de fait causant des lésions corporelles. Il avait clairement défini cette infraction. Le jury a rendu un verdict de culpabilité de cette infraction, mais la réponse de la jurée lors de la vérification individuelle du verdict a soulevé un doute sur son assentiment à ce verdict.

Le jury a été rappelé. On a de nouveau demandé à la jurée si elle comprenait bien la preuve et elle a répondu «oui». Le juge a alors expliqué au jury que tous devaient s'entendre pour qu'il y ait un verdict valide. Le jury s'est retiré. L'avocat de l'appelant a fait valoir de nouveaux arguments. Le juge a alors dit:

[TRADUCTION] A mon avis cette cour se trouve dans une situation où je ne suis pas convaincu que le verdict du jury est unanime, et j'estime avoir le droit de demander au jury de retourner dans la salle de délibérations pour examiner la question qui lui est soumise et arriver à un verdict unanime, si c'est possible, et c'est là mon intention.

The jury returned later with a verdict of guilty of the included offence of assault causing bodily harm. They also found the accused guilty on Count 2. The jury was polled on the finding in relation to Count 1 and confirmed the verdict.

In my opinion there was no error of law on the part of the trial judge in adopting the course of procedure which he followed. He took the steps which, in his discretion, he deemed necessary to assure himself that the jury was rendering a unanimous verdict of guilt in respect of the included offence. After considering the submissions of counsel, he decided that it was not necessary to recharge the jury regarding the included offence. This was his decision to make. The jury had already been properly charged on that issue. The juror's answers, though convoluted, did show that she appreciated the difference between the offence charged in Count 1 and the included offence, but had difficulty in explaining.

Not guilty to the first one. Somebody can explain.

Is not the first one really try to do something but the second try to scare.

To me this discloses that she did not find the appellant guilty of Count 1, as charged, but did not clearly indicate a finding of guilt of the included offence although she attempted to distinguish it from the first Count.

The trial judge saw and heard the juror and could reach a conclusion as to the necessity for a recharge on the law to the whole jury. After careful thought he exercised his discretion. In making the decision which he did, I do not find any error in law on his part.

This was the unanimous view of the Court of Appeal.

Another ground of appeal raised on behalf of the appellant is that the recharge of the trial judge on the question of a unanimous verdict could have caused a juror reasonably to conclude that the jury did not have a right to disagree.

In my opinion the trial judge's recharge as to unanimity cannot be said to have that effect.

Le jury est revenu plus tard avec un verdict de culpabilité de l'infraction incluse de voies de fait causant des lésions corporelles. Il a aussi trouvé l'accusé coupable sur le chef n° 2. On a vérifié individuellement le verdict sur le chef n° 1 auprès des jurés et ils l'ont confirmé.

A mon avis, le juge du procès n'a commis aucune erreur de droit en adoptant cette façon de procéder. Il a pris les mesures qui, à son avis, étaient nécessaires pour s'assurer que ce jury rendait un verdict de culpabilité unanime quant à l'infraction incluse. Après examen des arguments des avocats, il a décidé qu'il n'était pas nécessaire de donner d'autres directives au jury sur l'infraction incluse. La décision lui appartenait. Le jury avait déjà reçu des directives appropriées sur ce point. Les réponses de la jurée, quoique embrouillées, ont bien montré qu'elle réalisait la différence entre l'infraction énoncée dans le chef n° 1 et l'infraction incluse, mais qu'elle avait de la difficulté à l'expliquer.

[TRADUCTION] Non coupable sur le premier. Quelqu'un peut expliquer.

Est-ce que le premier n'est pas en fait essayer de faire quelque chose mais le second essayer de faire peur.

A mon avis cela révèle qu'elle ne trouvait pas l'appelant coupable sur le premier chef, mais n'indiquait pas clairement une déclaration de culpabilité de l'infraction incluse bien qu'elle ait tenté de la distinguer du premier chef.

Le juge du procès a vu et entendu la jurée et pouvait conclure à la nécessité de donner de nouvelles directives en droit à tout le jury. Après mûre réflexion, il a exercé son pouvoir discrétionnaire. Je ne trouve pas qu'il a commis d'erreur de droit en prenant la décision qu'il a prise.

C'est là l'opinion unanime de la Cour d'appel.

L'appelant a invoqué comme autre moyen d'appel que les nouvelles directives du juge sur la question du verdict unanime auraient pu raisonnablement amener un juré à conclure que le jury n'avait pas le droit d'être en désaccord.

A mon avis, on ne peut dire que les nouvelles directives du juge sur l'unanimité ont eu cet effet.

Considered in the context of the events which led up to this recharge, and in light of the trial judge's comments in his initial charge, the re-instruction can be seen as no more than a request that the jury again consider the issue as to whether or not they were unanimous in their verdict in order to ensure that the verdict rendered was a true verdict in accordance with their duty as jurors. The trial judge had already made it clear to the jury, in his initial comments to them, that they had the right to disagree.

It was further contended that there was error in law on the part of the trial judge in failing to have the jury polled with respect to Count 2. The polling of the jury after rendering its verdict is not a legal requirement (*R. v. Recalla*³). A request to poll is usually allowed where doubt as to unanimity appears to exist. At the request of counsel for the appellant the jury was polled as to Count 1. No additional request was made for a poll in respect of Count 2. There was no indication that the juror was in doubt as to her verdict on Count 2.

For these reasons, in my opinion, the appeal should be dismissed.

The reasons of Dickson and Estey JJ. were delivered by

ESTEY J. (*dissenting*)—I have had the opportunity of reading the reasons for judgment of my brother Martland in this appeal and for reasons which I will now set out I must respectfully come to a different result. Martland J. has set out the principal portions of the evidence dealing with the issue with which we are here concerned as well as the charges upon which the appellant was tried and found guilty.

The only issue, of course, is whether or not on the record as revealed in the transcript, the appellant has indeed been found guilty by a court composed of a judge and a jury which was properly charged and delivered its unanimous verdict according to law.

³ [1935] O.R. 479.

Examinées dans le contexte des événements qui y ont donné lieu, et à la lumière des remarques du juge du procès dans ses directives initiales, les nouvelles directives ne peuvent être considérées comme rien de plus qu'une demande aux jurés d'examiner de nouveau si leur verdict est unanime afin de garantir que le verdict rendu en est un valide en conformité avec leur devoir de jurés. Le juge du procès leur avait déjà clairement expliqué dans ses remarques initiales qu'ils avaient le droit d'être en désaccord.

On a de plus prétendu que le juge du procès a commis une erreur de droit en ne faisant pas vérifier le verdict quant au chef n° 2. La vérification auprès du jury après le verdict n'est pas juridiquement requise (*R. v. Recalla*³). On fait habituellement droit à une demande de vérification lorsqu'il paraît y avoir un doute sur l'unanimité. A la demande de l'avocat de l'appellant, on a vérifié individuellement le verdict sur le chef n° 1. Aucune autre demande de vérification n'a été présentée quant au chef n° 2. Rien n'indiquait que la jurée entretenait un doute quant à son verdict sur le chef n° 2.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Dickson et Estey rendus par

LE JUGE ESTEY (*dissident*)—J'ai eu l'occasion de lire les motifs de jugement du juge Martland dans le présent pourvoi et, pour les motifs qui suivent, je dois, avec égards, en venir à une conclusion différente. Le juge Martland a exposé les principales parties de la preuve relatives à la question en litige ici de même que les chefs sur lesquels l'appellant a été jugé et déclaré coupable.

La seule question en litige, bien sûr, est de savoir si, suivant le dossier qui découle de la transcription, l'appellant a effectivement été déclaré coupable par une cour composée d'un juge et d'un jury qui a reçu des directives appropriées et a rendu son verdict unanime conformément à la loi.

³ [1935] O.R. 479.

The difficulty arose when, at the request of defence counsel, the jury was polled. In the course of the polling of the third juror, Mrs. Sfalcin, made the following responses:

3RD JUROR—Not Guilty of 1—

THE COURT: Mrs. Sfalcin, you are being asked if on the first count in the indictment you found the accused not guilty of the original count, but guilty of the included offence of assault causing bodily harm.

3RD JUROR—Not Guilty to the first one. Somebody can explain.

MR. COTTRELL: With respect Your Honour really, perhaps this particular juror may have had some difficulty understanding.

3RD JUROR—I can understand for the second, not the first one.

THE COURT: Mrs. Sfalcin, would you stand please.

(Juror stands)

THE COURT: Did you understand the evidence Mrs. Sfalcin?

3RD JUROR—I understand, but when they said, not the first thing, really try to do something, guilty not, but just to scare the man, in the second line of the No. 2 and the B1 say not—

THE COURT: Did you understand, did you understand the different verdicts that I read out for the jury?

3RD JUROR—Yes. Is not the first one really try to do something but the second try to scare the—(interposing)

Following this exchange the jury was directed to retire and a discussion ensued between Court and counsel. Upon the return of the jury the following exchange took place:

THE COURT: Mrs. Sfalcin, I am just going to ask you one question, I don't want to get into any discussion with you. I just want you to answer the question that I will ask. Did you understand clearly, the evidence that was given in this trial?

THE JUROR: Yes.

We are therefore concerned with whether or not the presiding justice responded according to the tenets of criminal law to the comments or answers given by the third juror. The difficulty arises in the juror's initial response. First of all she said that the accused was not guilty "to the first one". Presumably this means the first

Les difficultés ont commencé lorsqu'à la demande de l'avocat de la défense, on a vérifié le verdict auprès de chaque juré. Au cours de cette vérification, la troisième jurée, M^{me} Sfalcin, a répondu ce qui suit:

[TRADUCTION] 3^e JURÉE—Non coupable de 1—

LA COUR: M^{me} Sfalcin, on vous demande si sur le premier chef de l'acte d'accusation, vous avez trouvé l'accusé non coupable de l'infraction imputée mais coupable de l'infraction incluse de voies de fait causant des lésions corporelles.

3^e JURÉE—Non coupable sur le premier. Quelqu'un peut expliquer.

M^{re} COTTRELL: Franchement, M. le juge, avec égards, cette jurée a peut-être eu une certaine difficulté à comprendre.

3^e JURÉE—Je peux comprendre le second, pas le premier.

LA COUR: M^{me} Sfalcin, levez-vous s'il-vous-plaît.

(La jurée se lève)

LA COUR: Avez-vous compris la preuve, M^{me} Sfalcin?

3^e JURÉE—Je comprends, mais lorsqu'ils ont dit, pas la première chose, en fait essayer de faire quelque chose, pas coupable mais seulement pour faire peur à l'homme, dans la deuxième ligne du n^o 2 et le B1 dit pas—

LA COUR: Avez-vous compris, avez-vous compris les différents verdicts que j'ai lus au jury?

3^e JURÉE—Oui. Est-ce que le premier n'est pas en fait essayer de faire quelque chose mais le second essayer de faire peur à—(interposition)

Après ces propos, on a demandé au jury de se retirer et une discussion a suivi entre le juge et les avocats. Quand le jury est revenu le dialogue suivant a eu lieu:

[TRADUCTION] LA COUR: M^{me} Sfalcin, je vais vous poser une seule question. Je ne veux pas engager de discussion avec vous. Je désire seulement que vous répondiez à la question que je vais vous poser. Avez-vous compris clairement la preuve qui a été présentée au cours de ce procès?

LA JURÉE: Oui.

Il s'agit donc de déterminer si le juge du procès a réagi aux remarques ou aux réponses de la troisième jurée conformément aux principes du droit criminel. La difficulté vient de la réponse initiale de la jurée. Elle a d'abord déclaré que l'accusé n'était pas coupable «sur le premier». Cela signifie probablement le premier chef,

charge but does not indicate whether the juror means not guilty to the charge and any lesser included offences or the charge only. She did twice state one way or another that the accused was not guilty of the first "one".

Her second response presumably dealt with the second charge which she apparently professed to understand. In so stating, however, she said in as many words that she could not understand the first "one." The ambiguity arising from this comment of course relates to whether or not she refers to the second charge or a lesser included offence in the first charge when she refers to "the second." The problem becomes more serious when one tries to discern a meaning from her final comments. The difficulty of ascertaining the true meaning of the juror's response was either caused or greatly increased by the Clerk of the Court when, in addressing the jury on the poll, he confined his question entirely to the first count. In the first instance, the Clerk's words to the jury were:

THE CLERK: Members of the jury as I call your name, would you answer guilty of assault causing bodily harm on count No. 1 or not guilty if your verdict be not guilty.

On the second occasion the Clerk spoke as follows:

THE CLERK: Members of the jury, as I call your name would you please answer guilty if your verdict be guilty, or not guilty as charged but guilty of assault causing bodily harm or not guilty.

ALL THE JURORS SAID: Not guilty as charged, but guilty of an offence assault causing bodily harm.

Thus it appears that the jurors were never polled on count no. 2.

It is interesting to note the response of both Court and counsel to the unexpected response by juror no. 3 to the polling by the Clerk. In the absence of the jury, the following discussion occurred:

MR. COTTRELL [counsel for the accused]: With respect Your Honour, not intending any disrespect for that particular juror, but it appears from the conversation we had up to this point, she doesn't understand. What she said, she called it A and B and has a difficulty of explaining it. I think there is a serious doubt whether she understood the evidence, obviously she is having—again with no disrespect to her, she is having difficulty explaining her position.

mais n'indique en rien si la jurée veut dire non coupable du chef et de toutes infractions moindres incluses ou du chef seulement. A deux occasions, elle a déclaré d'une façon ou d'une autre que l'accusé n'était pas coupable du «premier».

On suppose que sa deuxième réponse visait le second chef qu'elle a apparemment déclaré comprendre. Cependant, en disant cela, elle a laissé entendre qu'elle ne saisissait pas le «premier». L'ambiguïté à laquelle donne lieu cette remarque a trait bien sûr à la question de savoir si elle fait référence au second chef ou à une infraction moindre incluse dans le premier chef lorsqu'elle parle «du second». Le problème se complique lorsque l'on tente de dégager le sens de ses dernières remarques. Le greffier de la Cour a causé ou considérablement aggravé la difficulté à s'assurer du véritable sens de la réponse de la jurée lorsque, s'adressant au jury lors de la vérification, il a limité sa question au premier chef seulement. La première fois, le greffier a employé les termes suivants:

[TRADUCTION] LE GREFFIER: Membres du jury, à l'appel de votre nom, voulez-vous répondre coupable de voies de fait causant des lésions corporelles sur le chef n° 1 ou non coupable si tel est votre verdict.

La deuxième fois le greffier s'est exprimé ainsi:

[TRADUCTION] LE GREFFIER: Membres du jury, à l'appel de votre nom, voulez-vous répondre coupable si tel est votre verdict, ou non coupable de l'infraction imputée mais coupable de voies de fait causant des lésions corporelles ou non coupable.

TOUS LES JURÉS ONT DIT: Non coupable de l'infraction imputée, mais coupable de l'infraction de voies de fait causant des lésions corporelles.

On n'a donc jamais fait de vérification individuelle du verdict rendu sur le chef n° 2.

Il est intéressant de noter la réaction tant du juge que des avocats à la réponse inattendue de la jurée n° 3 lors de la vérification par le greffier. En l'absence du jury, la discussion suivante a eu lieu:

[TRADUCTION] M^e COTTRELL [avocat de l'accusé]: Avec égards, M. le juge, sans vouloir manquer de respect à cette jurée, il ressort de la conversation jusqu'ici qu'elle ne comprend pas. Ce qu'elle a dit, elle l'a appelé A et B et a eu de la difficulté à l'expliquer. Je crois qu'il y a un doute sérieux qu'elle ait compris la preuve, de toute évidence elle a—encore une fois sans lui manquer de respect, elle a de la difficulté à expliquer son point de vue.

THE COURT: She is having difficulty in expressing herself no question about that. I am very concerned about her, if she fully understood the evidence as it was stated, and fully understood the distinction between the original charge and the included offence. (underlining added)

MR. COTTRELL: She indicated sir, I believe, the first one meant to try and kill him and the second one was to scare him. I believe she said that B meant to scare, that certainly is not assault bodily harm, it is not an element of assault bodily harm. I think we have to be concerned whether she understood the evidence, as she certainly does not understand the charge itself on count one.

THE COURT: Mr. Hunter.

MR. HUNTER [counsel for the Crown]: She stated quite clearly she understood the evidence. I think she stated quite clearly, there is doubt in her mind that the accused is guilty of count No. 2. I think she indicated that he was guilty of count No. 2.

THE COURT: Count No. 2 is not the included offence.

MR. HUNTER: I understood her to say that, she went along with count No. 2.

THE COURT: But we are concerned with count No. 1. That was my understanding, she has not been asked about count No. 2.

MR. HUNTER: In that case it is a question of whether he is not guilty of count No. 1 as charged, but guilty of the included offence of count No. 1, or is she referring to count No. 2.

THE COURT: I don't know what she is referring to. (Underlining added.)

MR. HUNTER: Perhaps if we can go into that a little more, she realises there is an included offence in count No. 1.

THE COURT: I don't want to cross-examine her in what she means, this is a difficulty obviously, since the jury has returned, at least it must have been the impression amongst the other jurors, that they have reached a unanimous verdict. It places the court in a difficult position to start asking her questions.

MR. HUNTER: Well, Your Honour, when the jury is brought back in, I would ask that perhaps you will explain the included offence in count No. 1 again, and ask the jury to return again sir.

THE COURT: Thank you Mr. Hunter. Mr. Cottrell.

MR. COTTRELL: With all respect to Mr. Hunter, it appears that they have come to a verdict, and have come

LA COUR: Elle a de la difficulté à s'exprimer, il n'y a aucun doute là-dessus. Elle m'inquiète beaucoup; je me demande si elle a bien compris la preuve qui a été présentée, et bien compris la distinction entre l'accusation originale et l'infraction incluse. (C'est moi qui souligne.)

M^e COTTRELL: Elle a indiqué, je crois, que le premier signifiait tenter de le tuer et le second, lui faire peur. Je crois qu'elle a dit que B signifiait faire peur, ce qui n'équivaut certainement pas à voies de fait causant des lésions corporelles, ce n'est pas un élément de pareilles voies de fait. Je crois que nous devons nous demander si elle a compris la preuve, car elle ne comprend certainement pas l'accusation elle-même visée au premier chef.

LA COUR: M^e Hunter.

M^e HUNTER [substitut du procureur général]: Elle a déclaré très clairement qu'elle comprenait la preuve. Je crois qu'elle a déclaré très clairement, il n'y a aucun doute dans son esprit que l'accusé est coupable sur le chef n^o 2. Je crois qu'elle a indiqué qu'il était coupable sur le chef n^o 2.

LA COUR: Le chef n^o 2 n'est pas l'infraction incluse.

M^e HUNTER: J'ai compris qu'elle était d'accord sur le chef n^o 2.

LA COUR: Mais nous discutons du chef n^o 1. C'est ce que j'ai compris, on ne lui a pas posé de question sur le chef n^o 2.

M^e HUNTER: Dans ce cas, il s'agit de savoir s'il est non coupable sur le chef n^o 1, mais coupable de l'infraction incluse dans le chef n^o 1, ou si elle fait référence au chef n^o 2.

LA COUR: Je ne sais pas à quoi elle fait référence. (C'est moi qui souligne.)

M^e HUNTER: Peut-être si nous pouvons approfondir un peu plus sur ce point, elle réalise que le chef n^o 1 comprend une infraction incluse.

LA COUR: Je ne veux pas la contre-interroger sur ce qu'elle veut dire, cela est évidemment difficile, le jury étant revenu, les autres jurés ont au moins dû avoir l'impression qu'ils étaient arrivés à un verdict unanime. La cour peut difficilement commencer à lui poser des questions.

M^e HUNTER: Bien, M. le juge, lorsque le jury reviendra, je pourrais vous demander d'expliquer de nouveau l'infraction incluse dans le chef n^o 1 et vous pourriez demander au jury de délibérer de nouveau.

LA COUR: Merci, M^e Hunter. M^e Cottrell.

M^e COTTRELL: Avec égards pour M^e Hunter, il appert qu'ils sont arrivés à un verdict, ils sont revenus et ont dit

in and said not guilty of the main offence in count No. 1, but guilty of assault causing bodily harm. They performed a function, and on being polled, that particular juror has indicated to the court, she said, not guilty of one, because that means to kill him, and No. 2 or B that means to scare him.

THE COURT: I didn't hear her say that means to kill him. I heard her say that means to scare him.

MR. COTTRELL: I believe she said Count 1, the main charge of wounding or to try and kill him, I would say that from what she said before Your Honour, before you retired the jury the second time, it appears she has no comprehension of the charges. Coupled with the fact again with no dis-respect of that particular juror, she obviously has a difficulty in communicating in the English language. There is also that substantial possibility, she may have had difficulty understanding the evidence. I think that is a reasonable problem before the court, giving that the conversation that Your Honour has had with her a few minutes ago, I can't say for sure—I believe the reporter could verify that, when she first started to explain, I believe she used the word to the effect not guilty, that means trying to kill him, but guilty of either two or B, because that means just to scare him. That might indicate she is saying not guilty completely of count 1, but guilty of count 2.

The foregoing comments by counsel and like comments as revealed on the record which were made after the discourse between juror and Court indicate a common impression by both counsel that the juror did not understand the first charge and any lesser included offences. Notwithstanding this state of affairs as revealed by discussion between counsel and the Court, and indeed between juror no. 3 and the Court, the learned trial judge proceeded to address the jurors not with respect to the charges concerning which the juror had obviously revealed at least some misunderstanding, but rather on the need for a unanimous verdict.

It is the treatment by the trial judge of the situation which arose from the foregoing interchanges which must determine whether or not there has been in law a unanimous verdict of the jury on the charges. In examining the record at trial in such circumstances, an appellate tribunal must be constantly aware of the advantage enjoyed by the trial judge in seeing the juror in question

non coupable de l'infraction principale du chef n° 1 mais coupable de voies de fait causant des lésions corporelles. Ils ont joué leur rôle et, lors de la vérification, cette jurée a indiqué à la Cour, elle a dit, non coupable sur le premier, parce que cela signifie le tuer, et n° 2 ou B qui signifie lui faire peur.

LA COUR: Je ne l'ai pas entendu dire que cela signifie le tuer. Je l'ai entendu dire que cela signifie lui faire peur.

M^e COTTRELL: Je crois qu'elle a dit le chef n° 1, l'accusation principale de le blesser ou de tenter de le tuer, je dirais qu'il ressort de ce qu'elle a dit devant vous, avant que vous n'ordonniez au jury de se retirer la deuxième fois, qu'elle ne comprend pas les accusations. Il faut ajouter, de nouveau sans manquer de respect à cette jurée, qu'elle a une difficulté évidente à communiquer en anglais. Il est également fort possible qu'elle ait pu avoir de la difficulté à comprendre la preuve. Je crois que la Cour fait face à un problème réel, vu la conversation que vous avez eue avec elle il y a quelques minutes, je ne suis pas sûr—je crois que le sténographe pourrait le vérifier, lorsqu'elle a commencé à s'expliquer, je crois qu'elle a dit quelque chose comme non coupable, ce qui signifie tenter de le tuer, mais coupable soit de deux ou B, parce que cela signifie simplement lui faire peur. Cela peut indiquer qu'elle dit pas tout à fait coupable sur le chef n° 1, mais coupable sur le chef n° 2.

Ces remarques des avocats et des remarques au même effet, que révèle le dossier, et qui ont été faites après la conversation entre la jurée et le juge, indiquent que les deux avocats ont eu l'impression que la jurée ne comprenait pas la première accusation et la question de l'infraction moindre et incluse. Nonobstant la situation ainsi révélée par la discussion entre les avocats et le juge, et même entre celui-ci et la jurée n° 3, le savant juge du procès a donné aux jurés des directives non à l'égard des accusations au sujet desquelles la jurée avait de toute évidence manifesté au moins une certaine confusion, mais plutôt sur la nécessité d'un verdict unanime.

C'est sur la façon dont le juge du procès a réglé la situation issue de ces échanges qu'il faut juger si le jury a, en droit, rendu un verdict unanime sur les accusations. Dans l'examen du dossier du procès en pareilles circonstances, une cour d'appel doit constamment garder à l'esprit l'avantage dont jouissait le juge du procès de voir la jurée en question et de mesurer sa réaction aux questions

and in measuring his or her reaction to the questions put by the Court. On the other hand, the right of the defendant to a fair trial in every phase and aspect of the proceedings in the courtroom is paramount, and however inadvertent a remark, observation or a direction may be, if it is open to an inference which places the authenticity of the juror's determination in doubt, then the appellate tribunal may not, in my view, assume that the mind of the juror has been unequivocally reflected in the juror's response to the poll.

There are numerous situations in which a juror's conduct may frustrate the attempt by the Court to obtain a clear and unanimous verdict from the jury. For example, if a juror is found not to understand English the verdict must be set aside. See *Ras Behari Lal et al. v. The King-Emperor*⁴. A somewhat similar circumstance arose in the Ontario Court of Appeal in *R. v. Ellison* (February 9, 1976, unreported), where a juror, upon being polled, said "Guilty, Your Honour—but with some doubt". In response to a request by the trial judge as to whether the juror meant guilty or not guilty, the juror replied "Guilty Your Honour". The Court went on to record the verdict of the jury as being "guilty". The Court of Appeal directed a new trial being of the opinion that the trial judge should not have accepted the verdict of the jury in such a circumstance without further enquiries. Kelly J.A., speaking for the Court, stated:

In some cases the matter may be resolved by a simple enquiry from the trial Judge to the jury. It is not desirable, however, that the trial Judge should enter into dialogue with the members of the jury. It is preferable that the trial Judge re-instruct the jury on those points upon which he has reason to believe there may have been misunderstanding of his earlier instruction and send the jury back to reconsider the evidence in the light of the re-instruction.

It is apparent that one alternative source of confusion in the mind of the juror was the relationship to the first count and charges included therein. The unsettled state of her mind as revealed by her comments in the course of the polling operation called for the presiding justice, in my view, to

qu'il lui posait. D'autre part, le droit du défendeur à un procès équitable à toutes les étapes et sous tous les aspects des procédures judiciaires est primordial et quelque involontaire qu'une remarque, un commentaire ou une directive puisse être, s'il est susceptible d'une interprétation qui mette en doute l'authenticité de la décision du juré, la cour d'appel ne peut, à mon avis, présumer que la réponse du juré à la vérification reflétait sans équivoque son état d'esprit.

Il y a de nombreuses situations où le comportement d'un juré peut neutraliser la tentative du juge d'obtenir un verdict clair et unanime du jury. Par exemple, le verdict doit être infirmé si l'on démontre qu'un juré ne comprend pas l'anglais. Voir *Ras Behari Lal et al. v. The King-Emperor*⁴. Une situation à peu près semblable s'est présentée en Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Ellison* (9 février 1976, inédit), où un juré, lors de la vérification, a dit [TRADUCTION] «Coupable, M. le juge, mais avec certains doutes». En réponse au juge du procès qui lui demandait s'il voulait dire coupable ou non coupable, le juré a répondu [TRADUCTION] «Coupable, M. le juge». La cour a alors enregistré le verdict du jury comme un verdict de culpabilité. La Cour d'appel a ordonné un nouveau procès, étant d'avis que le juge du procès n'aurait pas dû accepter le verdict du jury rendu dans ces conditions sans autres questions. Le juge Kelly, au nom de la Cour, a dit:

[TRADUCTION] Dans certains cas le problème peut être résolu par une simple question du juge du procès au jury. Il n'est cependant pas souhaitable que le juge du procès engage une discussion avec les membres du jury. Il est préférable que le juge du procès leur donne de nouvelles directives sur les points qui ont pu, selon lui, être mal compris dans ses directives antérieures et leur demande de se retirer pour réexaminer la preuve à la lumière des nouvelles directives.

Il est évident qu'une autre source de confusion dans l'esprit de la jurée a été le lien entre le premier chef et les accusations y incluses. L'état d'esprit incertain révélé par ses remarques lors de la vérification exigeait à mon avis que le juge du procès donne au jury de nouvelles directives de la

⁴ (1933), 50 T.L.R. 1.

⁴ (1933), 50 T.L.R. 1.

re-instruct the jury in the manner suggested in the *Ellison* case, *supra*. The learned trial judge on the other hand proceeded to refresh the memory of the jurors on the need to be unanimous in their verdict. I find nothing in the juror's comments, however, which would indicate any confusion on the subject of the need for unanimity. Indeed, Mrs. Sfalcin, in her comments, indicates quite the contrary in one possible interpretation, i.e., that there is not unanimity in at least one phase of one count of the charges. It may well be that a jury reporting its decision in a civil tribunal might, under similar circumstances, be able to retire and come in with a verdict beyond challenge. In the criminal arena where the liberty of a subject is at stake, such latitude is not traditionally found in the law. The tribunal in question consists of a court comprising the jury and the presiding justice. The jury as the ultimate tribunal of fact must pronounce its verdict precisely in the manner prescribed by law. Here there is a serious question as to whether the jury has pronounced a unanimous verdict in respect of each of the two charges. In such a circumstance, what is the role of the appellate tribunal? As I have mentioned, the opportunity of the trial judge to observe the demeanour of the juror is not given to the appellate tribunal. Furthermore, of necessity, latitude must be given to the presiding justice in the manner of communication with the jury. What is not, however, in my view, open to the appellate tribunal is the right to speculate as to what the juror intended when communicating his or her vote on the verdict when being polled. At that stage I adopt the views expressed in the *Ellison* case, *supra*. On principle, the appellate tribunal must determine whether or not the circumstances as revealed by the record demanded that the presiding justice re-instruct the jury on those points of law which seem to be raised by the juror's comments, and on any segments of the evidence which may be related thereto. It is, of course, a function in the nature of a recharge normally called for by counsel for prosecution or defence. In some circumstances no doubt, the briefest re-assertion or repetition of the explanation given as to the law applicable to the charges in question will suffice. In the circumstances revealed by this record it is my view that the learned trial

manière suggérée dans l'affaire *Ellison*, précitée. Le savant juge du procès d'autre part a rappelé aux jurés la nécessité d'un verdict unanime. Cependant je ne trouve rien dans les remarques de la jurée qui indiquerait quelque confusion sur la nécessité de l'unanimité. En réalité, il est possible d'interpréter les remarques de M^{me} Sfalcin de façon tout à fait contraire, c.-à-d. qu'il n'y a pas unanimité au moins sur une partie d'un des chefs d'accusation. Il se peut fort bien qu'un jury qui rend son verdict devant un tribunal civil, puisse, dans des circonstances analogues, se retirer puis prononcer un verdict inattaquable. En matière criminelle, où la liberté d'une personne est en jeu, il n'existe traditionnellement pas pareille latitude en droit. Le tribunal en cause est une cour composée d'un jury et du juge président le procès. Le jury qui est le juge ultime des faits doit rendre son verdict de la manière précise que prescrit la loi. En l'espèce il y a un doute sérieux sur l'unanimité du verdict du jury à l'égard de chacune des deux accusations. En pareil cas, quel est le rôle du tribunal d'appel? Comme je l'ai mentionné, il n'a pas la possibilité dont jouit le juge du procès d'observer le comportement du juré. De plus, inévitablement, le juge du procès doit jouir d'une latitude dans la manière de communiquer avec le jury. A mon avis, ce que le tribunal d'appel n'a pas le droit de faire, est de conjecturer sur ce que le juré voulait dire en communiquant son vote sur le verdict lors de la vérification. A ce stade, je fais miennes les opinions exprimées dans l'affaire *Ellison*, précitée. En principe, le tribunal d'appel doit décider si les circonstances révélées par le dossier exigent que le juge du procès donne de nouvelles directives sur les points de droit que les remarques du juré semblent soulever et sur tous les éléments de preuve qui peuvent s'y rattacher. C'est évidemment une fonction semblable à celle de donner de nouvelles directives, normalement à la demande de l'avocat de la poursuite ou de celui de la défense. Il ne fait pas de doute que, dans certaines circonstances, une très brève répétition de l'explication déjà donnée quant au droit applicable aux accusations en cause suffira. Dans les circonstances révélées par ce dossier, je suis d'avis que le savant juge du procès n'a pas répondu adéquatement aux besoins que révèlent les commentaires de la jurée

judge did not adequately respond to the needs of the juror as revealed by her comments and I therefore would direct a new trial.

Having come to such a conclusion, it is not necessary to deal at length with the challenge advanced by the appellant concerning the recharge on the question of unanimity. If I were called upon to do so, I would, with respect, adopt the comments of my brother Martland. The duty incumbent upon the instructing judge when dealing with the necessity for unanimity has been fully dealt with by this Court on earlier occasions (*Hébert v. The Queen*⁵; *Harrison v. The Queen*⁶ and *Latour v. The King*⁷) and to review these cases once again would add nothing to the law.

I am assisted in reaching this conclusion with respect to the charge concerning unanimity by the fact that the learned trial judge, in his initial charge, dealt with the subject fully, fairly and accurately, and in his general observations anticipated the possibility of a recharge and instructed the jury to consider the charge and any recharge as an entire instruction, or in his words, to consider "the totality of the charge".

Counsel for the appellant made reference to s. 573 of the *Criminal Code* which makes provision for the discharge of a juror for "illness or other reasonable cause". This section is prefaced "Where in the course of a trial . . .". Here the difficulty arose after these proceedings had come down to the last act, the recording of the jury's verdict. The appellant, however, did not go so far as to submit that difficulty in communicating a verdict by a juror during a poll would amount to "reasonable cause" for the discharge of a juror by a judge under the section. This *Code* provision does not, in my view, provide the solution in these circumstances.

Finally, it is said by the appellants that the reference by the learned trial judge in his final comments to the jury: "I am going to ask you to bear with me and to retire to the jury room for

et qu'un nouveau procès devrait être ordonné.

Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire de traîner longuement de l'attaque des nouvelles directives sur la question de l'unanimité que l'appelant a formulée. Si je devais le faire, je ferais miennes, avec égards, les remarques du juge Martland. Dans des arrêts antérieurs (*Hébert c. La Reine*⁵; *Harrison c. La Reine*⁶ et *Latour c. Le Roi*⁷), cette Cour a traité à fond du devoir qui incombe au juge qui donne des directives sur la nécessité de l'unanimité, et un nouvel examen de ces arrêts n'ajouterait rien au droit.

Cette conclusion sur les directives relatives à l'unanimité est facilitée par le fait que dans ses directives initiales, le savant juge du procès a traité du sujet en profondeur, avec équité et justesse, et que dans ses remarques générales, il a prévu la possibilité de nouvelles directives et a dit au jury de considérer les directives et toutes nouvelles directives comme des instructions globales, ou, pour employer ses termes, de considérer [TRADUCTION] «la totalité des directives».

L'avocat de l'appelant a fait référence à l'art. 573 du *Code criminel* qui prévoit la libération d'un juré par suite de «maladie ou pour une autre cause raisonnable». Cet article commence par les mots «Lorsque, au cours d'un procès . . .». En l'espèce, la difficulté ne s'est présentée qu'au dernier acte des procédures, l'enregistrement du verdict du jury. L'appelant n'est cependant pas allé jusqu'à prétendre que la difficulté qu'éprouve un juré à communiquer son verdict durant une vérification constitue une «cause raisonnable» de libération de ce juré en vertu de cet article. Cette disposition du *Code* n'apporte pas à mon avis la solution dans les circonstances.

Enfin, l'appelant a dit que dans ses remarques finales au jury: [TRADUCTION] «Je vais vous demander d'être patients et de vous retirer dans la salle de délibérations pendant quinze autres minu-

⁵ [1955] S.C.R. 120.

⁶ [1975] 2 S.C.R. 95.

⁷ [1951] S.C.R. 19.

⁵ [1955] R.C.S. 120.

⁶ [1975] 2 R.C.S. 95.

⁷ [1951] R.C.S. 19.

another 15 minutes ...” imposed a time element upon the jury. Such a practice was condemned in *R. v. McKenna*⁸ and in *R. v. Davidson*⁹. In the proceedings now before the Court, however, the reference to time cannot reasonably be construed as imposing a limit on any deliberations which the jury might wish then to undertake. Rather, it was couched in terms of the overriding concern of the trial judge with the issue of unanimity with which I have dealt. I would not, if it were required in disposing of this appeal, come to any conclusion different to my brother Martland with respect to this aspect of the appeal.

For the reasons set out above, I would therefore allow the appeal, set aside the conviction entered at the trial court, and direct a new trial.

Appeal dismissed, DICKSON and ESTEY JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Kerekes, Collins, Toronto.

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

⁸ [1960] 1 Q.B. 411.

⁹ (1975), 24 C.C.C. (2d) 161.

tes ...», le savant juge du procès imposait une limite de temps au jury. Pareille pratique a été condamnée dans *R. v. McKenna*⁸ et dans *R. v. Davidson*⁹. Dans la présente espèce cependant, on ne peut raisonnablement interpréter la mention de temps comme imposant une limite aux délibérations que le jury pouvait alors souhaiter entreprendre. Elle faisait plutôt écho à la préoccupation primordiale du juge du procès à propos de la question de l'unanimité dont j'ai traité. Je ne parviendrais pas, si cela était nécessaire à la solution du présent pourvoi, à une conclusion différente de celle du juge Martland sur cet aspect du pourvoi.

Pour les motifs énoncés ci-dessus, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer le verdict de culpabilité enregistré en première instance, et d'ordonner un nouveau procès.

Pourvoi rejeté, les juges DICKSON et ESTEY étant dissidents.

Procureurs de l'appellant: Kerekes, Collins, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la province de l'Ontario, Toronto.

⁸ [1960] 1 Q.B. 411.

⁹ (1975), 24 C.C.C. (2d) 161.

Consolidated-Bathurst Export Limited
(Plaintiff) Appellant;

and

Mutual Boiler and Machinery Insurance Company (Defendant) Respondent.

1979: March 13; 1979: December 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Insurance — Interpretation of insurance contracts — Definition of accident — Direct and consequential damages.

The appellant, a manufacturer of paper products, was required to shut down part of its facilities because of the failure of three heat exchangers and thereby suffered a loss of \$158,289.24 of which \$15,604.44 was direct damage to the tubes in the heaters. The respondent is the insurer under a policy issued in respect of certain property of the appellant including these heat exchangers. The respondent resists the appellant's claim for the above mentioned loss on the basis that the damage was caused by corrosion of the tubes inside the heat exchangers and this risk was specifically excluded from the coverage provided by the policy of insurance. This position was adopted in both the Superior Court and the Court of Appeal. Hence the appeal of the plaintiff to this Court.

Held (Martland, Ritchie and McIntyre JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Pigeon, Dickson, Beetz and Estey JJ.: The issue is whether the loss occasioned by the corrosion of the heat exchangers is recoverable under the terms of the policy. The heart of the argument is that while the definition of accident in the policy does not include the event of corrosion or similar events such as "wear and tear, deterioration, depletion, or erosion of material" the definition does include, in the appellant's submission, events which succeed and which may be due to the event of corrosion.

In interpreting an insurance contract, effect must first be given to the intention of the parties, to be gathered from the words they have used, just as in any other contract. Step two is the application, when ambiguity is found, of the *contra proferentem* doctrine by which any doubt as to the meaning and scope of the excluding or limiting term is to be resolved against the party who has inserted it and who is now relying on it. Even apart from

Exportations Consolidated Bathurst Limitée
(Demanderesse) Appelante;

et

Mutual Boiler and Machinery Insurance Company (Défenderesse) Intimée.

1979: 13 mars; 1979: 21 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Assurance — Interprétation des contrats d'assurance — Définition d'accident — Dommages directs et indirects.

L'appelante, un fabricant de produits du papier, a dû fermer une partie de son usine en raison de la panne de trois échangeurs de chaleur, ce qui lui a occasionné une perte de \$158,289.24, dont \$15,604.44 de dommages directs aux tubes des échangeurs. L'intimée est l'assureur aux termes d'une police relative à certains biens de l'appelante, y compris ces échangeurs de chaleur. L'intimée conteste la réclamation de l'appelante pour la perte susmentionnée au motif que les dommages résultent de la corrosion des tubes à l'intérieur des échangeurs de chaleur et que ce risque est spécifiquement exclu de la protection offerte par la police d'assurance. La Cour supérieure et la Cour d'appel ont toutes deux adopté cette position. La demanderesse se pourvoit donc devant cette Cour.

Arrêt (les juges Martland, Ritchie et McIntyre sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges Pigeon, Dickson, Beetz et Estey: La question est de savoir si la perte causée par la corrosion des échangeurs de chaleur est garantie par les clauses de la police. Le cœur de l'argument est que bien que la définition du mot accident dans la police ne comprenne pas le cas de la corrosion ou des cas semblables tels que «l'usure normale, la détérioration, l'épuisement ou l'érosion du matériel», la définition inclut, aux dires de l'appelante, ce qui suit la corrosion et qui peut en résulter.

Dans l'interprétation d'un contrat d'assurance, tout comme dans n'importe quel autre contrat, il faut d'abord donner effet à l'intention des parties qui se dégage des mots qu'elles ont employés. La deuxième étape est l'application, lorsqu'il y a ambiguïté, de la doctrine *contra proferentem*; elle prévoit que le doute quant au sens et à la portée de la clause d'exclusion ou limitative sera résolu contre la partie qui l'a introduite et

this doctrine the normal rules of construction lead a court to search for an interpretation which, from the whole of the contract, would appear to promote or advance the true intent of the parties at the time of entry into the contract. There is no dispute that the heat exchangers were covered by the insurance contract. There is also no serious dispute that corrosion of the tubes inside the heat exchanger, probably caused by the presence of sea water, was the effective cause of the breakdown of the heat exchanger. The insurer, as was its right, sought in the terms of the contract to limit its exposure to accidental loss and did so by seeking to confine the definition of accident. To interpret "corrosion" as that word is employed in the definition of accident in the manner sought by the respondent would be to eliminate from the insurance coverage any and all loss suffered by the insured mill operator by reason of the intervention of the condition of corrosion. Such an interpretation would necessarily result in a substantial nullification of coverage under the contract.

Per Martland, Ritchie and McIntyre JJ., dissenting: While the policy here covers damage to property other than the object itself, the coverage is limited to indemnity in respect of loss or damage to property of the insured directly caused to an object by an accident as that word is defined in the policy. Therefore an interpretation which would result in affording coverage to the insured for consequential damages whether it was due to corrosion or otherwise cannot be adopted. The only "direct" damage to any object in the appellant's plant was the damage to the tubes themselves and the plain language of the insuring agreement in defining "accident" appears to contemplate and exclude from coverage the very event which happened here, namely, damage being caused to an object which was the property of the insured as a result of "corrosion of . . . material".

[*Indemnity Insurance Company of North America v. Excel Cleaning Service*, [1954] S.C.R. 169, followed; *Pense v. Northern Life Assurance Co.* (1907), 15 O.L.R. 131, aff'd (1908), 42 S.C.R. 246; *Stevenson v. Reliance Petroleum Ltd.*; *Reliance Petroleum Ltd. v. Canadian General Insurance Co.*, [1956] S.C.R. 936; *Cornish v. Accident Insurance Co.* (1889), 23 Q.B. 453 (C.A.) referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec affirming a judgment of the Superior Court. Appeal allowed, Martland, Ritchie and McIntyre JJ. dissenting.

qui cherche maintenant à l'invoquer. Même indépendamment de cette doctrine, les règles normales d'interprétation amènent une cour à rechercher une interprétation qui, vu l'ensemble du contrat, tend à traduire et à présenter l'intention véritable des parties au moment où elles ont contracté. Il n'est pas contesté que les échangeurs de chaleur sont protégés par le contrat d'assurance. Il n'est pas non plus sérieusement contesté que la corrosion des tubes à l'intérieur des échangeurs de chaleur, probablement causée par la présence d'eau de mer, a été la cause réelle de leur panne. Comme il en a le droit, l'assureur a cherché dans les termes du contrat à limiter sa protection à la perte accidentelle, ce qu'il a fait en essayant de restreindre la définition d'accident. Interpréter la «corrosion» au sens où ce mot est employé dans la définition d'accident, comme le désire l'intimée, équivaldrait à éliminer de la protection de l'assurance toutes les pertes subies par l'assurée en raison de la présence de corrosion. Pareille interprétation entraînerait nécessairement la suppression d'une partie importante de la protection prévue au contrat.

Les juges Martland, Ritchie et McIntyre, dissidents: Bien que la police en l'espèce garantisse les dommages à des biens autres que l'objet lui-même, la garantie est limitée à une indemnité relativement à la perte des biens de l'assurée ou aux dommages subis par eux résultant directement d'un accident au sens donné à ce mot par la définition de la police. En conséquence, on ne peut adopter une interprétation qui protégerait l'assurée des dommages indirects qu'ils aient été causés par la corrosion ou par autre chose. Les seuls dommages «directs» à un objet quelconque dans l'usine de l'appelante sont ceux subis par les tubes eux-mêmes et les termes clairs employés dans le contrat d'assurance pour définir le mot «accident» prévoient l'événement même qui s'est produit ici, savoir, les dommages causés à un objet appartenant à l'assurée suite à la «corrosion du . . . matériel», et l'excluent de la garantie.

[Jurisprudence: *Indemnity Insurance Company of North America c. Excel Cleaning Service*, [1954] R.C.S. 169, arrêt suivi; *Pense v. Northern Life Assurance Co.* (1907), 15 O.L.R. 131, conf. par (1908), 42 R.C.S. 246; *Stevenson c. Reliance Petroleum Ltd.*; *Reliance Petroleum Ltd. c. Canadian General Insurance Co.*, [1956] R.C.S. 936; *Cornish v. Accident Insurance Co.* (1889), 23 Q.B. 453 (C.A.).]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi accueilli, les juges Martland, Ritchie et McIntyre étant dissidents.

Guy Desjardins, Q.C., for the appellant.

Marcel Cinq-Mars, Q.C., for the respondent.

The reasons of Martland, Ritchie and McIntyre JJ. were delivered by

RITCHIE J. (*dissenting*)—This is an appeal from a judgment of the Court of Appeal of the Province of Quebec affirming the judgment rendered at trial by Mr. Justice Bisson and dismissing the claim of the appellant against its insurer for damage sustained to its property located at a plant which it operated at New Richmond in the Province of Quebec, where it was engaged in the manufacture of paper and paper and wood products.

By reason of their malfunction, direct damage was caused to several tubes in the heaters employed for the heating of bunker "C" fuel with the consequence that temporary closing of the plant became necessary. The appellant's claim in this action encompasses not only the direct damage done to the tubes, but the consequential loss allegedly sustained because of the breakdown of the tubes.

I have had the privilege of reading the reasons for judgment prepared for delivery by my brother Estey in this case, but as I reach a different conclusion concerning the risk insured against by the policy in question, I have found it necessary to express my views separately.

The appellant's claim is made pursuant to the terms of an insurance agreement with the respondent which was in force at the time of the events above referred to whereby the respondent agreed In consideration of the Premium the Company does hereby agree with the named Insured respecting loss from an Accident, as defined herein, as follows:

1. ... To pay the Insured for loss or damage to property of the Insured directly caused by such Accident to an *Object*, or if the Company so elects, to repair or replace such damaged property; ...

(The italics are my own.)

The objects covered by the policy are defined in the 1st Schedule thereof as follows:

Guy Desjardins, c.r., pour l'appelante.

Marcel Cinq-Mars, c.r., pour l'intimée.

Version française des motifs des juges Martland, Ritchie et McIntyre rendus par

LE JUGE RITCHIE (*dissident*)—Il s'agit d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la province de Québec qui confirme le jugement rendu en première instance par le juge Bisson et rejette la réclamation de l'appelante contre son assureur pour dommages à ses biens situés dans une usine qu'elle exploite à New Richmond dans la province de Québec, où elle fabrique du papier et des sous-produits du papier et du bois.

Suite à leur mauvais fonctionnement, des dommages directs ont été causés à plusieurs tubes dans les échangeurs de chaleur utilisés pour chauffer du mazout lourd de catégorie «C», ce qui a nécessité la fermeture temporaire de l'usine. La réclamation de l'appelante dans cette action comprend non seulement les dommages directs aux tubes, mais la perte indirecte présumément subie suite à l'avarie des tubes.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement préparés par mon collègue le juge Estey dans cette affaire mais, puisque je parviens à une conclusion différente quant au risque assuré par la police en question, j'ai jugé nécessaire d'exposer mon point de vue séparément.

La réclamation de l'appelante est fondée sur un contrat d'assurance qu'elle a conclu avec l'intimée et qui était en vigueur au moment des événements susmentionnés et aux termes duquel l'intimée

[TRADUCTION] Eu égard au paiement de la prime la Compagnie convient par la présente avec l'Assurée désignée, relativement à la perte résultant d'un accident, tel que défini dans la présente:

1. ... D'indemniser l'Assurée pour la perte de ses biens ou les dommages subis par eux, résultant directement d'un accident à un *objet* ou, si la Compagnie le préfère, de réparer ou de remplacer lesdits biens endommagés; ...

(Les italiques sont de moi.)

Les objets protégés par la police sont définis comme suit dans la première annexe:

The Objects covered under this Schedule are of the type designated as follows:

1. Any metal fired or metal unfired pressure valve; and
2. Any piping, on or between premises of the Insured, connected with such vessel and which contains steam or other heat transfer medium or condensate thereof, air, refrigerant, or boiler feedwater between the feed pump or injector and a boiler, together with the valves, fittings, separators and traps on all such piping.

What is insured against by this agreement in my opinion is damage to the property of the insured "directly caused to an "object" by an "accident" as that word is defined in the policy. While the policy covers damage to property other than the object itself, it only covers that damage when it has been directly caused by "accident" to an "object". I am satisfied that the tubes were "objects" within the meaning of the above definition and that damage directly caused to the tubes would have been covered by the insurance agreement had it not been for the terms of the definition of "accident" contained therein which reads as follows:

C. Definition of Accident—As respects any Object covered under this Schedule, 'Accident' shall mean any sudden and accidental occurrence to the Object, or a part thereof, which results in damage to the Object and necessitates repair or replacement of the Object or part thereof; but Accident shall not mean (a) *depletion, deterioration, corrosion, or erosion of material*, (b) wear and tear (c) leakage at any valve, fitting, shaft seal, gland packing, joint or connection, (d) the breakdown of any vacuum tube, gas tube or brush, (e) the breakdown of any structure or foundation supporting the Object or any part thereof, nor (f) the functioning of any safety device or protection device.

(The italics are my own.)

Both the trial judge and the Court of Appeal were satisfied that the damage to the tubes was occasioned by corrosion and this conclusion is supported by the fact that quantities of salt water did flow through the pipes. Expert evidence was called on behalf of the appellant directed to supporting the submission that the damage was caused by an hydraulic hammer effect of sudden

[TRADUCTION] Les objets protégés par cette annexe sont de la catégorie désignée comme suit:

1. Toute soupape de métal soumise ou non soumise à la flamme; et
2. Toute tuyauterie dans l'usine de l'assurée ou entre ces bâtiments, reliée à un tel récipient et qui contient de la vapeur ou un autre moyen d'échange de chaleur ou condensat de celle-ci, air, réfrigérant ou eau d'alimentation de chaudière entre la pompe d'alimentation ou l'injecteur et une chaudière, ainsi que les soupapes, accessoires, séparateurs et purgeurs de toute ladite tuyauterie.

A mon avis, sont assurés par cette convention les dommages aux biens de l'assurée «causés directement» à un «objet» par un «accident» au sens donné à ce mot par la définition de la police. Bien que la police garantisse les dommages à des biens autres que l'objet lui-même, elle ne les garantit que lorsqu'il ont été causés directement par un «accident» à un «objet». Je suis convaincu que les tubes sont des «objets» au sens de la définition susmentionnée et que les dommages directement causés aux tubes auraient été garantis par le contrat d'assurance n'eût été les termes de la définition d'«accident» y contenue dont voici le texte:

[TRADUCTION] C. Définition d'accident—En ce qui concerne un objet garanti par cette Annexe, «accident» signifie un événement soudain et accidentel touchant l'objet, ou une partie de celui-ci, qui l'endommage et en nécessite la réparation ou le remplacement total ou partiel; mais accident ne signifie pas a) *l'épuisement, la détérioration, la corrosion ou l'érosion du matériel*, b) l'usure normale, c) la fuite d'un raccord, d'un calage, d'un joint d'étanchéité, d'un presse-étoupe, d'un joint ou d'un contact, d) l'avarie d'un tube à vide, d'un tube à gaz ou d'une brosse, e) l'avarie d'une structure ou d'une fondation soutenant l'objet ou une partie de celui-ci, ni f) le fonctionnement d'un dispositif de sécurité ou de sûreté.

(Les italiques sont de moi.)

Le juge de première instance et la Cour d'appel étaient convaincus que les dommages aux tubes ont été causés par la corrosion et cette conclusion est confirmée par le fait qu'une grande quantité d'eau salée a circulé dans les tuyaux. Un témoin expert a été cité par l'appelante pour appuyer la prétention que les dommages ont été causés par un effet de coup de bélier d'origine soudaine qui a

origin which placed an inordinate strain on the pipes and tubes causing them to break. This evidence was, however, not accepted either at trial or in the Court of Appeal and I do not find it necessary to discuss it. In the result it has been concurrently found at trial and on appeal that corrosion was the cause of the damage to the tubes and pipes and it follows from the terms of the "definition of accident" that this damage is not insured against by the policy in question.

It was contended also that even if the coverage afforded by the policy did not include damage by "depletion, deterioration, corrosion" or "wear and tear" within the meaning of the definition of "accident", it was nevertheless effective to make the insurer responsible for consequential loss suffered by the insured as a result of a sudden rupture of the heat exchanger, whether due to corrosion or not. In view of the fact that the coverage is limited to indemnity in respect of loss or "damage to property of the insured directly caused by such accident to an Object", I cannot adopt an interpretation which would result in affording coverage to the insured for consequential damage whether it was due to "corrosion" or otherwise. In my opinion, the only "direct" damage to any object in the appellant's plant was the damage to the tubes themselves and the plain language of the insuring agreement in defining "accident" appears to me to contemplate and exclude from coverage the very event which happened here, namely, damage being caused to an object which was the property of the insured as a result of "corrosion of . . . material".

It has been suggested that the language employed in the policy should be construed against the insurance company which was the author of it in accordance with the *contra proferentem* rule which is frequently invoked in the construction of insurance contracts when it is found that all other rules of construction fail to assist the Court in determining the true meaning of the policy.

In this regard my brother Estey has made reference to the reasons for judgment of Cartwright J., as he then was, in *Stevenson v. Reliance Petroleum Limited*; *Reliance Petroleum Limited*

imposé une pression excessive dans les tuyaux et les tubes, causant leur rupture. Cependant, cette preuve n'a pas été acceptée en première instance ni en Cour d'appel et je n'estime pas nécessaire de l'examiner. Finalement, il a été jugé en première instance et en appel que la corrosion était la cause des dommages aux tubes et aux tuyaux et il découle des termes de la «définition d'accident» que ces dommages ne sont pas assurés par la police en question.

On a également prétendu que même si la protection accordée par la police ne comprenait pas les dommages causés par «l'épuisement, la détérioration, la corrosion» ou «l'usure normale» au sens de la définition d'«accident», elle rendait néanmoins l'assureur responsable de la perte indirecte subie par l'assurée suite à la rupture soudaine de l'échangeur de chaleur, qu'elle ait ou non été causée par la corrosion. Étant donné que la garantie est limitée à une indemnité relativement à la perte des biens de l'assurée ou aux «dommages subis par eux résultant directement d'un accident à un objet», je ne peux adopter une interprétation qui protégerait l'assurée des dommages indirects qu'ils aient été causés par la «corrosion» ou par autre chose. A mon avis, les seuls dommages «directs» à un objet quelconque dans l'usine de l'appelante sont ceux subis par les tubes eux-mêmes et les termes clairs employés dans le contrat d'assurance pour définir le mot «accident» prévoient, selon moi, l'événement même qui s'est produit ici, savoir, les dommages causés à un objet appartenant à l'assurée suite à la «corrosion du . . . matériel», et l'excluent de la garantie.

On a avancé que les termes employés dans la police devraient être interprétés contre la compagnie d'assurances qui en est l'auteur, conformément à la règle *contra proferentem* qui est fréquemment invoquée dans l'interprétation des contrats d'assurance lorsque la cour arrive à la conclusion qu'aucune autre règle d'interprétation ne lui permet d'établir le sens réel de la police.

A cet égard, mon collègue le juge Estey a fait référence aux motifs du juge Cartwright, alors juge puîné, dans *Stevenson c. Reliance Petroleum Limited*; *Reliance Petroleum Limited c. Canadian*

*v. Canadian General Insurance Company*¹ where he said at p. 953:

The rule expressed in the maxim, *verba fortius accipiuntur contra proferentem*, was pressed upon us in argument, but resort is to be had to this rule only when all other rules of construction fail to enable the Court of construction to ascertain the meaning of a document.

It will however be seen from what I have said that I do not find it necessary to resort to this rule in the interpretation of the policy here at issue.

My brother Estey has, however, adopted the view that in construing the policy and particularly the definition of accident contained therein in the manner adopted in these reasons and in those of the majority of the Court of Appeal, the result is to "largely, if not completely, nullify the purpose for which the insurance was sold" which is "a circumstances to be avoided so far as the language used will permit". In this regard reliance is placed on the judgment of this Court in *Indemnity Insurance Company of North America v. Excel Cleaning Service*², at pp. 177-178, but with the greatest respect I am unable to relate the circumstances of that case to those with which we are here concerned.

The *Excel Cleaning Service* case was one in which an "on location cleaning service" business was covered by a property damage liability policy insuring it for damage to property caused by accident arising out of its work. This policy however contained an exclusion relating "to damage to or destruction of property owned, rented, occupied or used by or in the care, custody and control of the insured", and the insurer contended that a wall to wall carpet fixed to the floor of a house where the insured was employed which was damaged was "in the care, custody and control of the insured" and therefore excluded from the coverage. Consistent with this reasoning all of the customer's belongings on which the insured was working were similarly exclusions which would have meant that the policy afforded no coverage whatever for the business of the insured. It was in this connection that this Court said, at pp. 177-178:

*General Insurance Company*¹ où il est dit à la p. 953:

[TRADUCTION] Les plaidoiries ont insisté sur la règle exprimée dans la maxime *verba fortius accipiuntur contra proferentem*, mais il faut recourir à cette règle seulement lorsque aucune autre règle d'interprétation ne permet à la Cour de s'assurer du sens d'un document.

Ce que j'ai dit indique toutefois que je n'estime pas nécessaire de recourir à cette règle pour interpréter la police examinée ici.

Toutefois, mon collègue le juge Estey est d'avis qu'en interprétant la police et en particulier la définition du mot accident y contenue de la manière adoptée dans les présents motifs et dans ceux de la majorité de la Cour d'appel, on [TRADUCTION] «annulerait en grande partie, sinon totalement, l'objet de l'assurance» ce qui constitue «une situation qui doit être évitée, dans la mesure où les termes employés le permettent». A cet égard, on s'appuie sur l'arrêt de cette Cour, *Indemnity Insurance Company of North America c. Excel Cleaning Service*², aux pp. 177 et 178, mais, avec égards, je ne puis établir un rapport entre les circonstances de cette affaire et celles de la présente.

Dans l'affaire *Excel Cleaning Service* une entreprise de «service de nettoyage à domicile» était protégée par une police d'assurance responsabilité civile pour les dommages matériels causés par un accident survenant dans l'exécution de ses travaux. Cette police contenait cependant une exclusion relative [TRADUCTION] «aux dommages ou à la destruction des biens appartenant à l'assurée, loués, occupés, utilisés par celle-ci ou sous sa responsabilité, sa garde et son contrôle». L'assureur a prétendu qu'une moquette couvrant le plancher d'une maison où l'assurée avait travaillé et qui avait été endommagée était sous «sa responsabilité, sa garde ou son contrôle» et donc exclue de la garantie. Selon ce raisonnement, tous les biens du client sur lesquels l'assurée travaillait étaient aussi exclus, ce qui aurait signifié que la police n'offrait absolument aucune protection à l'entreprise de l'assurée. C'est à ce sujet que la Cour a dit aux pp. 177 et 178:

¹ [1956] S.C.R. 936.

² [1954] S.C.R. 169.

¹ [1956] R.C.S. 936.

² [1954] R.C.S. 169.

Such a construction [as advanced by the insurer] would largely, if not completely, nullify the purpose for which the insurance was sold—a circumstance to be avoided, so far as the language used will permit.

I am respectfully of the opinion that this case involves a very different situation from the one with which we are here concerned. The construction sought to be placed on the Excel Cleaning Service Policy would have meant that although it purported to be a property damage liability policy covering the insured's business, it in fact insured nothing whereas the present policy affords insurance "for loss or damage to property of the insured" directly caused by an accident as defined therein. The meaning assigned to the word "accident" in the policy does not constitute an exclusion from the coverage but is rather a part of the definition of the risk insured against.

For all these reasons, as well as for those stated by Mr. Justice Turgeon, I would dismiss this appeal with costs.

The judgment of Pigeon, Dickson, Beetz and Estey JJ. was delivered by

ESTEY J.—The appellant operates a manufacturing facility for the production of paper products, including paper boxes, at New Richmond, Quebec, and the respondent is the insurer under a policy of insurance issued in respect of certain property of the appellant including the property with which this action is concerned, being three heat exchangers. The heat exchangers in question are described by the trial judge as follows:

[TRANSLATION] The parts of this system with which we are particularly concerned are three heat exchangers, a type of pipe measuring fifteen feet long with an interior diameter of ten inches.

Within each of these three exchangers there are 102 tubes thirteen feet long, with an exterior diameter of 5/8 inch and a metal casing measuring 1/16 inch, or .065 inch.

Inside each exchanger at the ends the 102 pipes pass through a tubular metal plate one inch thick.

Further, the 102 tubes of each exchanger are themselves divided into three groups of 34 tubes each, so that oil flowing in the tubes passes around the exchanger

[TRADUCTION] Une telle interprétation [celle de l'assureur] annulerait en grande partie, sinon totalement, l'objet de l'assurance—une situation qui doit être évitée, dans la mesure où les termes employés le permettent.

Je suis respectueusement d'avis que cette affaire-là porte sur une situation très différente de celle qui nous occupe ici. L'interprétation qu'on a voulu donner à la police d'Excel Cleaning Service aurait signifié que, bien qu'elle se veuille une police d'assurance responsabilité civile pour les dommages matériels protégeant l'entreprise de l'assurée, cette police n'assurait en fait rien, alors que la présente police offre une assurance à [TRADUCTION] «l'assurée pour la perte de ses biens ou les dommages à eux causés» résultant directement d'un accident suivant la définition de ce mot dans la police. Le sens donné au mot «accident» dans la police ne constitue pas une exclusion de la garantie mais est plutôt une partie de la définition du risque assuré.

Pour tous ces motifs, de même que pour ceux énoncés par le juge Turgeon, je suis d'avis de rejeter ce pourvoi avec dépens.

Version française du jugement des juges Pigeon, Dickson, Beetz et Estey rendu par

LE JUGE ESTEY—L'appelante exploite une usine de fabrication de produits du papier, y compris des boîtes de carton, à New Richmond (Québec) et l'intimée est l'assureur aux termes d'une police d'assurance relative à certains biens de l'appelante, y compris les biens qui font l'objet de cette action, savoir, trois échangeurs de chaleur. Le juge de première instance décrit les échangeurs de chaleur en ces termes:

Les pièces qui nous intéressent plus particulièrement dans ce système sont trois échangeurs de chaleur, sorte de tuyaux mesurant quinze pieds de long avec un diamètre inférieur de dix pouces.

A l'intérieur de chacun des ces trois échangeurs, on retrouve 102 tubes de treize pieds de longueur, d'un diamètre extérieur de 5/8 de pouce et dont la paroi métallique mesure 1/16 de pouce ou .065 pouce.

A chacune de leurs extrémités, à l'intérieur de l'échangeur, les 102 tuyaux pénètrent dans une plaque tubulaire métallique d'un pouce d'épaisseur.

D'autre part, les 102 tubes de chaque échangeur sont eux-mêmes divisés en trois groupes de 34 tubes chacun, de façon à ce que l'huile s'écoulant dans les tubes fasse

three times and is heated to the right level before emerging and being directed towards the boilers as a fuel.

Steam circulates in the exchangers, passing in through the left end immediately to the right of the tubular plate and emerging at the right end, just as it strikes the other tubular plate.

Each exchanger is sealed at each end by a lid.

As the exchanger measures fifteen feet and the tubes thirteen feet, it follows that a space of one foot remains at each end between the tubular plate and the lid closing the exchanger.

The whole apparatus forms a sealed unit, which it was established cannot be opened without causing a breakdown and considerable damage.

Due to the failure of these heat exchangers, the appellant was required to shut down part of their facilities and thereby suffered a loss which the parties have agreed amounted to \$158,289.24. This sum is set out in the Plaintiff's Declaration and includes "Direct Damage Loss" of \$15,604.44. The insurer resists the appellant's claim on the basis that the damage was caused by corrosion of the tubes inside the heat exchanger and this risk was specifically excluded from the coverage provided by the policy of insurance. The material provisions of the policy of insurance issued by the respondent are as follows:

INSURING AGREEMENT

In consideration of the Premium the Company does hereby agree with the named Insured respecting loss from an Accident, as defined herein, as follows:

COVERAGE A—PROPERTY OF THE INSURED

1. ACTUAL CASH VALUE—To pay the Insured for loss of or damage to property of the Insured directly caused by such Accident to an Object, or if the Company so elects, to repair or replace such damaged property; and

The definition of accident as employed in the above excerpt is as follows:

As respects any Object covered under this Schedule, "Accident" shall mean any sudden and accidental occurrence to the Object, or a part thereof, which results in damage to the Object and necessitates repair or

trois fois le circuit de l'échangeur pour être chauffée à point avant d'en sortir pour se diriger comme combustible vers les bouilloires.

Quant à la vapeur, elle circule dans les échangeurs, pénétrant par l'extrémité de gauche immédiatement à droite de la plaque tubulaire, pour en ressortir à l'extrémité de droite, tout juste au moment où elle frappe l'autre plaque tubulaire.

Chaque échangeur est scellé à chacune des deux extrémités par un couvercle.

L'échangeur mesurant quinze pieds, et les tubes, treize pieds, il faut en conclure qu'il reste un espace d'un pied à chaque extrémité entre la plaque tubulaire et le couvercle qui ferme l'échangeur.

Le tout forme une unité scellée dont on a établi qu'il ne saurait être question de l'ouvrir sans la démonter et y causer des dommages considérables.

En raison de la panne de ces échangeurs de chaleur, l'appelante a dû fermer une partie de son usine, ce qui lui a occasionné une perte évaluée par les parties à \$158,289.24. Ce montant est détaillé dans la déclaration de l'appelante et comprend la «perte directe» de \$15,604.44. L'assureur conteste la réclamation de l'appelante au motif que les dommages résultent de la corrosion des tubes à l'intérieur des échangeurs de chaleur et que ce risque est spécifiquement exclu de la protection offerte par la police d'assurance. Les clauses essentielles de la police d'assurance délivrée par l'intimée sont les suivantes:

[TRADUCTION]

CONVENTION D'ASSURANCE

Eu égard au paiement de la prime la Compagnie convient par la présente avec l'Assurée désignée, relativement à la perte résultant d'un accident, tel que défini dans la présente:

GARANTIE A—BIENS DE L'ASSURÉE

1. VALEUR RÉELLE—D'indemniser l'Assurée pour la perte de ses biens ou les dommages subis par eux, résultant directement d'un accident à un objet ou, si la Compagnie le préfère, de réparer ou de remplacer lesdits biens endommagés; et

Voici la définition du mot accident employé dans l'extrait ci-dessus:

[TRADUCTION] En ce qui concerne un objet garanti par cette Annexe, «accident» signifie un événement soudain et accidentel touchant l'objet, ou une partie de celui-ci, qui l'endommage et en nécessite la réparation ou le

replacement of the Object or part thereof; but Accident shall not mean (a) depletion, deterioration, corrosion, or erosion of material, (b) wear and tear, (c) leakage at any value, fitting, shaft seal, gland packing, joint or connection, (d) the breakdown of any vacuum tube, gas tube or brush, (e) the breakdown of any structure or foundation supporting the Object or any part thereof, nor (f) the functioning of any safety device or protective device.

The employees of the appellant became aware of the failure of the heat exchangers when small fuel oil spots were noticed on linerboard being produced in the mill. The source of the oil was traced to the boiler and hence to the heat exchangers where a number of ruptured tubes were discovered.

The appellant advanced two main submissions:

- (a) that the damage was caused by hydraulic hammer effect; and,
- (b) alternatively, that the damage was caused by corrosion and that the terms of the policy do not exclude damage thus occasioned.

The learned trial judge found that the damage was caused by corrosion and discusses the contribution of pressure changes as follows:

[TRANSLATION] There is no doubt that the damage occurred suddenly, but the phenomenon which led up to it, namely the chemical process of corrosion, was not of a sudden and accidental nature, so that it could not be regarded as an "accident".

On December 4, 1968 some occurrence, probably a fall in the steam pressure in the heat exchanger, caused a failure in certain oil tubes, which moreover apparently broke in a relatively short space of time.

The fact remains, however, that corrosion was the cause of the damage.

The majority of the Court of Appeal found the damage was the result of corrosion and thereby excluded from policy coverage. *Turgeon J.A.* dealt with the hydraulic hammer theory as follows:

[TRANSLATION] This was a possibility, not a probability, mentioned by appellant's expert witness Mahoney in his examination in chief. However, when he was

remplacement total ou partiel; mais accident ne signifie pas a) l'épuisement, la détérioration, la corrosion ou l'érosion du matériel, b) l'usure normale, c) la fuite d'un raccord, d'un calage, d'un joint d'étanchéité, d'un presse-étoupe, d'un joint ou d'un contact, d) l'avarie d'un tube à vide, d'un tube à gaz ou d'une brosse, e) l'avarie d'une structure ou d'une fondation soutenant l'objet ou une partie de celui-ci, ni f) le fonctionnement d'un dispositif de sécurité ou de sûreté.

Les employés de l'appelante se sont aperçus de la panne des échangeurs de chaleur lorsqu'ils ont remarqué des taches d'huile sur des feuilles de carton en voie de fabrication à l'usine. La source de l'huile a été retracée dans la chaudière et de là dans les échangeurs de chaleur où l'on a découvert un certain nombre de tuyaux fissurés.

Voici les deux prétentions principales de l'appelante:

- a) que les dommages ont été causés par l'effet d'un coup de bélier; et,
- b) subsidiairement, que les dommages ont été causés par la corrosion et que les termes de la police n'excluent pas les dommages ainsi causés.

Le savant juge de première instance a jugé que les dommages avaient été causés par la corrosion et discute ainsi de l'effet de la chute de pression:

Que le dommage se soit manifesté de façon soudaine, cela ne fait aucun doute, mais le phénomène qui l'a entraîné c'est-à-dire le processus chimique de la corrosion ne s'est pas réalisé de façon soudaine et accidentelle, de sorte qu'on ne peut dire qu'il y a eu «accident».

Le 4 décembre 1968, un événement, vraisemblablement la chute de pression de vapeur d'eau dans l'échangeur de chaleur, a provoqué la rupture de certains tubes d'huile, qui se seraient d'ailleurs rupturés à plus ou moins brève échéance.

Mais il n'en reste pas moins que la cause du dommage a été la corrosion.

La majorité de la Cour d'appel a jugé que les dommages avaient été causés par la corrosion et qu'ils étaient donc exclus de la protection de la police. Le juge *Turgeon* a traité ainsi de la théorie du coup de bélier:

Il s'agit là d'une possibilité invoquée par l'expert Mahoney de l'appelante à son interrogatoire en chef, non d'une probabilité. Cependant, lorsqu'il fut contre-

cross-examined, he admitted that he could not provide any direct evidence that a "hydraulic hammer" effect was produced, or that there was excessive pressure, or that the safety valves did not operate effectively.

Dissenting from the majority, Kaufman J.A. appears to have adopted in part the hydraulic hammer theory as being a "trigger" which precipitated the leaks in the tubes. The learned justice went on to state:

But where, as here, the pressure suddenly increased, it will not do for the insurer to point to the corrosion and say that, sooner or later, the tubes would have burst anyway.

Thus it will be seen that in both courts below the cause of the damage was found to be corrosion of the tubes which both courts went on to conclude was a risk or peril not covered by the insurance contract.

The issue is simply, therefore, whether the admitted loss suffered by the appellant and which was occasioned by the corrosion of the heat exchangers is a loss recoverable under the above-quoted terms of the policy of insurance issued by the respondent to the appellant. This leaves the alternative submission advanced by the appellant, namely that the term of the contract of insurance covers the damages suffered by the appellant. The heart of this argument is that while the definition of accident does not include the event of corrosion or similar events such as "wear and tear, deterioration, depletion, or erosion of material", the definition does include, in the appellant's submission, events which succeed and which may be due to the event of corrosion. Thus the insurer would not be liable under the contract for the cost of repairing or replacing any insured property damaged by "depletion, deterioration, corrosion, wear and tear, etc.", but would be responsible for any consequential loss to the insured following the sudden rupture of the heat exchanger whether or not it be due to "corrosion" or "wear and tear", etc.

In the preliminary provisions setting up the coverage under the policy of insurance, the definition of accident is, of course, fundamental, and strip-

interrogé, il a admis qu'il ne pouvait fournir aucune preuve directe qu'il se serait produit un «hydraulic hammer» ni qu'il y avait eu une pression excessive, ni enfin que les valves de sécurité n'avaient pas fonctionné adéquatement.

Le juge Kaufman, dissident, a retenu en partie la théorie que le coup de bélier a joué comme «déclat» qui a accéléré les fuites dans les tubes. Le savant juge a poursuivi:

[TRADUCTION] Mais lorsque, comme en l'espèce, la pression augmente soudainement, l'assureur ne peut accuser la corrosion et dire que, dans un avenir plus ou moins rapproché, les tubes auraient éclaté de toute façon.

Il est donc clair que les deux cours d'instance inférieure ont conclu que la cause des dommages était la corrosion des tubes qui, selon elles, n'est pas un risque ou un péril garanti par le contrat d'assurance.

Donc, la question est simplement de savoir si la perte que l'on admet avoir été subie par l'appelante et qui a été causée par la corrosion des échangeurs de chaleur est une perte garantie par les clauses précitées de la police d'assurance délivrée par l'intimée à l'appelante. Ceci laisse la prétention subsidiaire de l'appelante, savoir, que les clauses du contrat d'assurance garantissent les dommages qu'elle a subis. Le cœur de cet argument est que bien que la définition du mot accident ne comprenne pas le cas de la corrosion ou des cas semblables tels que «l'usure normale, la détérioration, l'épuisement ou l'érosion du matériel», la définition inclut, aux dires de l'appelante, ce qui suit la corrosion et qui peut en résulter. Ainsi, l'assureur ne serait pas responsable en vertu du contrat du coût des réparations ou du remplacement d'un bien assuré endommagé par «épuisement, détérioration, corrosion, usure normale etc.», mais le serait de toute perte indirecte subie par l'assurée après la rupture soudaine de l'échangeur de chaleur, qu'elle soit ou non causée par la «corrosion» ou «l'usure normale» etc.

Dans les dispositions préliminaires sur la garantie accordée par la police d'assurance, la définition d'accident est, bien sûr, fondamentale et, si l'on ne

ping out the words not here relevant, the definition reads as follows:

Accident shall mean a sudden and accidental occurrence to the object ... but accident shall not mean ... corrosion ...

Some light may be thrown on this interpretation difficulty by reference to a latter portion of the policy of insurance headed "Exclusions". The following excerpts illustrate the drafting technique employed in the policy where risks are to be excluded from its coverage:

EXCLUSIONS

This policy does not apply to

1. **WAR DAMAGE**—Loss from an Accident caused directly or indirectly by

- (a) Hostile or warlike action, including action in hindering, combating or defending against an actual, impending or expected attack, by

2. **NUCLEAR HAZARDS**—Loss, whether it be direct or indirect, proximate or remote,

- (a) From an Accident caused directly or indirectly by nuclear reaction ...
- (b) From nuclear reaction, nuclear radiation or radioactive contamination, all whether controlled or uncontrolled, caused directly or indirectly by, contributed to or aggravated by an Accident;

3. **MISCELLANEOUS PERILS**—Loss under Coverages A and B from

- (b) An Accident caused directly or indirectly by fire or from the use of water or other means to extinguish fire;
- (d) Flood unless an Accident ensues and the Company shall then be liable only for loss from such ensuing Accident;

(Emphasis added.)

Thus it may be argued that when the draftsman wished to exclude consequences from an event, the words "directly or indirectly" were employed. Had

retient que les mots pertinents à l'espèce, la définition devient:

Accident signifie un événement soudain et accidentel touchant l'objet ... mais accident ne signifie pas ... la corrosion ...

L'examen d'un chapitre de la police que l'on trouve plus loin et qui est intitulé «Exclusions» peut jeter un peu de lumière sur cette difficulté d'interprétation. Les extraits suivants illustrent la technique de rédaction utilisée dans la police lorsque des risques en sont exclus:

[TRADUCTION]

EXCLUSIONS

Cette police ne s'applique pas aux

1. **AVARIES CAUSÉES PAR LA GUERRE**—La perte résultant d'un accident causé directement ou indirectement par

- a) une action hostile ou belliqueuse, comprenant une manœuvre de diversion, de combat ou de défense contre une attaque réelle, imminente ou prévue, par

2. **DANGERS NUCLÉAIRES**—La perte, qu'elle soit directe ou indirecte, immédiate ou éloignée,

- a) résultant d'un accident causé directement ou indirectement par une réaction nucléaire ...
- b) résultant d'une réaction nucléaire, d'une radiation nucléaire ou d'une contamination radioactive, qu'elles soient ou non contrôlées, causées directement ou indirectement, entraînées ou aggravées par un accident;

3. **RISQUES DIVERS**—La perte en vertu des garanties A et B résultant

- b) d'un accident causé directement ou indirectement par le feu ou l'usage de l'eau ou d'un autre moyen d'extinction du feu;
- d) l'inondation, à moins qu'un accident s'ensuive, et la Compagnie sera alors seulement responsable de la perte résultant d'un tel accident subséquent;

(C'est moi qui souligne.)

On peut donc prétendre que lorsque le rédacteur a voulu exclure les conséquences d'un événement, il a employé les mots «directement ou indirecte-

this technique been adopted in the primary coverage provisions excerpted above, it would have read;

Accident does not mean that which directly or indirectly results from corrosion.

Alternatively, if the consequences of corrosion were intended by the parties to be beyond the protection of the contract, such circumstances would have been included under the heading "Exclusions" as a subparagraph comparable to one of those set out above.

At best, one must conclude that the definition of accident, including as it does the reference to corrosion, leaves two clear alternative interpretations open. Firstly, the definition may not include an event relating to corrosion. Secondly, the definition may exclude only the cost of making good the corrosion itself.

Insurance contracts and the interpretative difficulties arising therein have been before courts for at least two centuries, and it is trite to say that where an ambiguity is found to exist in the terminology employed in the contract, such terminology shall be construed against the insurance carrier as being the author, or at least the party in control of the contents of the contract. This is, of course, not entirely true because of statutory modifications to the contract, but we are not here concerned with any such mandated provisions. Meredith J.A. put the proposition in *Pense v. Northern Life Assurance Co.*³ at p. 137:

There is no just reason for applying any different rule of construction to a contract of insurance from that of a contract of any other kind; and there can be no sort of excuse for casting a doubt upon the meaning of such a contract with a view to solving it against the insurer, however much the claim against him may play upon the chords of sympathy, or touch a natural bias. In such a contract, just as in all other contracts, effect must be given to the intention of the parties, to be gathered from the words they have used. A plaintiff must make out from the terms of the contract a right to recover; a defendant must likewise make out any defence based upon the agreement. The onus of proof, if I may use such a term in reference to the interpretation of a writing, is, upon each party respectively, precisely the same. We are all, doubtless, insured, and none insurers,

³ (1907), 15 O.L.R. 131.

ment». Si cette technique avait été adoptée dans les dispositions de garantie de base citées précédemment, le texte aurait été:

Accident ne signifie pas ce qui résulte directement ou indirectement de la corrosion.

Subsidiairement, si les parties ne désiraient pas que les conséquences de la corrosion soient visées par le contrat, ces circonstances auraient été incluses sous le titre «Exclusions» dans un alinéa comparable à l'un de ceux que j'ai cités.

Au mieux, il faut conclure que la définition d'accident, qui mentionne effectivement la corrosion, laisse deux interprétations possibles évidentes. Premièrement, la définition peut n'inclure aucun événement relié à la corrosion. Deuxièmement, la définition peut exclure seulement ce qu'il en coûte pour réparer la corrosion elle-même.

Les contrats d'assurance et les difficultés d'interprétation qu'ils posent ont été examinés par les cours depuis au moins deux siècles, et c'est un truisme de dire que lorsque l'on conclut que le texte du contrat est ambigu, il doit être interprété contre l'assureur qui est l'auteur, ou du moins la partie qui a la haute main sur le contenu du contrat. Ceci n'est pas entièrement vrai, bien sûr, à cause des modifications au contrat imposées par la loi, mais aucune de ces dispositions imposées n'est en litige ici. Dans l'arrêt *Pense v. Northern Life Assurance Co.*³ à la p. 137, le juge Meredith de la Cour d'appel a formulé la proposition que:

[TRADUCTION] Il n'y a aucune raison valable pour appliquer à un contrat d'assurance une règle d'interprétation différente de celle applicable à un contrat d'une autre nature; et il ne peut y avoir aucune sorte d'excuse pour jeter le doute sur le sens de pareil contrat en vue de l'interpréter contre l'assureur, quel grand que soit le parti pris naturel ou la sympathie que peut éveiller la demande d'indemnité qu'on lui adresse. Dans ce contrat, tout comme dans tous les autres, il faut donner effet à l'intention des parties qui se dégage des mots qu'elles ont employés. Un demandeur doit pouvoir établir son droit de recouvrer une indemnité d'après les termes du contrat; un défendeur doit de même établir une défense fondée sur la convention. Le fardeau de la preuve, si je peux utiliser cette expression à l'égard de l'interprétation d'un écrit, est exactement le même pour chaque

³ (1907), 15 O.L.R. 131.

and so, doubtless, all more or less affected by the natural bias arising from such a position; and so ought to beware lest that bias be not counteracted by a full apprehension of its existence.

(Adopted in this Court in 1908⁴.)

Such a proposition may be referred to as step one in the interpretative process. Step two is the application, when ambiguity is found, of the *contra proferentem* doctrine. This doctrine finds much expression in our law, and one example which may be referred to is found in *Cheshire and Fifoot's Law of Contract* (9th ed.), at pp. 152-3:

If there is any doubt as to the meaning and scope of the excluding or limiting term, the ambiguity will be resolved against the party who has inserted it and who is now relying on it. As he seeks to protect himself against liability to which he would otherwise be subject, it is for him to prove that his words clearly and aptly describe the contingency that has in fact arisen.

This Court applied the doctrine in *Indemnity Insurance Company of North America v. Excel Cleaning Service*⁵ where at pp. 179-180 it was stated:

It is, in such a case, a general rule to construe the language used in a manner favourable to the insured. The basis for such being that the insurer, by such clauses, seeks to impose exceptions and limitations to the coverage he has already described and, therefore, should use language that clearly expresses the extent and scope of these exceptions and limitations and, in so far as he fails to do so, the language of the coverage should obtain . . . Furthermore, the language of Lord Greene in *Woolfall & Rimmer, Ltd. v. Moyle*, [1942] 1 K.B. 66 at 73, is appropriate. He there states:

I cannot help thinking that, if underwriters wish to limit by some qualification a risk which, prima facie, they are undertaking in plain terms, they should make it perfectly clear what that qualification is.

As has already been stated, this is, of course, the second phase of interpretation of such a contract. Cartwright J., as he then was, stated in *Stevenson*

⁴ (1908), 42 S.C.R. 246.

⁵ [1954] S.C.R. 169.

partie respectivement. Nous sommes tous, très probablement, assurés et non assureurs et donc, très probablement, plus ou moins influencés par le parti pris naturel qui se dégage d'une telle position; aussi, faut-il prendre garde aux effets de ce parti pris en prenant entièrement conscience de son existence.

(Adoptée par cette Cour en 1908.⁴)

On peut qualifier pareille proposition de première étape du processus d'interprétation. La deuxième étape est l'application, lorsqu'il y a ambiguïté, de la doctrine *contra proferentem*. Cette doctrine est souvent exposée dans notre droit et on peut citer à titre d'exemple ce qu'en dit *Cheshire and Fifoot's Law of Contract* (9^e éd.), aux pp. 152 et 153:

[TRADUCTION] S'il y a le moindre doute quant au sens et à la portée de la clause d'exclusion ou limitative, l'ambiguïté sera résolue contre la partie qui l'a introduite et qui cherche maintenant à l'invoquer. Puisqu'elle cherche à se protéger contre une responsabilité à laquelle elle serait autrement assujettie, il lui incombe de prouver que les mots qu'elle a employés décrivent clairement et convenablement l'éventualité qui s'est en fait produite.

Cette Cour a appliqué la doctrine dans *Indemnity Insurance Company of North America c. Excel Cleaning Service*⁵ où elle a dit, aux pp. 179 et 180:

[TRADUCTION] C'est, dans un tel cas, une règle générale que de donner aux termes employés une interprétation qui soit favorable à l'assuré. Le fondement de cette règle est que l'assureur cherche par de semblables clauses à imposer des exceptions et des restrictions à la protection qu'il a déjà décrite et, par conséquent, doit employer des termes qui expriment clairement l'étendue et l'importance de ces exceptions et restrictions, et, dans la mesure où il omet de le faire, ce sont les termes décrivant la protection qui doivent prévaloir . . . De plus, les paroles de lord Greene dans *Woolfall & Rimmer, Ltd. v. Moyle*, [1942] 1 K.B. 66 à la p. 73, sont appropriées. Il a dit:

Je ne peux m'empêcher de penser que si les assureurs désirent limiter par quelque condition un risque qu'à première vue, ils acceptent en des termes clairs, ils devraient très nettement l'énoncer.

Comme je l'ai déjà dit, il s'agit bien sûr de la deuxième étape de l'interprétation d'un tel contrat. Le juge Cartwright, alors juge puîné, a dit dans

⁴ (1908), 42 R.C.S. 246.

⁵ [1954] R.C.S. 169.

*v. Reliance Petroleum Limited; Reliance Petroleum Limited v. Canadian General Insurance Company*⁶ at p. 953:

The rule expressed in the maxim, *verba fortius accipiuntur contra proferentem*, was pressed upon us in argument, but resort is to be had to this rule only when all other rules of construction fail to enable the Court of construction to ascertain the meaning of a document.

Lindley L.J. put it this way:

In a case on the line, in a case of real doubt, the policy ought to be construed most strongly against the insurers; they frame the policy and insert the exceptions. But this principle ought only to be applied for the purpose of removing a doubt, not for the purpose of creating a doubt, or magnifying an ambiguity, when the circumstances of the case raise no real difficulty.

*Cornish v. Accident Insurance Company*⁷, at p. 456.

Even apart from the doctrine of *contra proferentem* as it may be applied in the construction of contracts, the normal rules of construction lead a court to search for an interpretation which, from the whole of the contract, would appear to promote or advance the true intent of the parties at the time of entry into the contract. Consequently, literal meaning should not be applied where to do so would bring about an unrealistic result or a result which would not be contemplated in the commercial atmosphere in which the insurance was contracted. Where words may bear two constructions, the more reasonable one, that which produces a fair result, must certainly be taken as the interpretation which would promote the intention of the parties. Similarly, an interpretation which defeats the intentions of the parties and their objective in entering into the commercial transaction in the first place should be discarded in favour of an interpretation of the policy which promotes a sensible commercial result. It is trite to observe that an interpretation of an ambiguous contractual provision which would render the endeavour on the part of the insured to obtain insurance protection nugatory, should be avoided. Said another way, the courts should be loath to support a construction which would either enable the insurer to pocket the premium without risk or

*Stevenson c. Reliance Petroleum Limited; Reliance Petroleum Limited c. Canadian General Insurance Company*⁶ à la p. 953:

[TRADUCTION] Les plaidoiries ont insisté sur la règle exprimée dans la maxime *verba fortius accipiuntur contra proferentem*, mais il faut recourir à cette règle seulement lorsque aucune autre règle d'interprétation ne permet à la Cour de s'assurer du sens d'un document.

Le lord juge Lindley l'a dit en ces termes:

[TRADUCTION] Dans un cas limite, lorsqu'il y a un doute réel, il faut interpréter la police de façon plus stricte contre les assureurs; ils conçoivent la police et introduisent les exceptions. Mais ce principe ne doit être appliqué que pour écarter un doute et non pour en créer un ou grossir une ambiguïté, lorsque les circonstances de l'affaire ne soulèvent aucune difficulté réelle.

*Cornish v. Accident Insurance Company*⁷, à la p. 456.

Même indépendamment de la doctrine *contra proferentem* dans la mesure où elle est applicable à l'interprétation des contrats, les règles normales d'interprétation amènent une cour à rechercher une interprétation qui, vu l'ensemble du contrat, tend à traduire et à présenter l'intention véritable des parties au moment où elles ont contracté. Dès lors, on ne doit pas utiliser le sens littéral lorsque cela entraînerait un résultat irréaliste ou qui ne serait pas envisagé dans le climat commercial dans lequel l'assurance a été contractée. Lorsque des mots sont susceptibles de deux interprétations, la plus raisonnable, celle qui assure un résultat équitable, doit certainement être choisie comme l'interprétation qui traduit l'intention des parties. De même, une interprétation qui va à l'encontre des intentions des parties et du but pour lequel elles ont à l'origine conclu une opération commerciale doit être écartée en faveur d'une interprétation de la police qui favorise un résultat commercial raisonnable. C'est un truisme de faire remarquer que l'on doit éviter une interprétation d'une clause contractuelle ambiguë qui rendrait futile l'effort déployé par l'assuré pour obtenir la protection d'une assurance. En d'autres mots, les cours devraient être réticentes à appuyer une interprétation qui permettrait soit à l'assureur de toucher une prime sans risque soit à l'assuré d'obtenir une

⁶ [1956] S.C.R. 936.

⁷ (1889), 23 Q.B. 453 (C.A.).

⁶ [1956] R.C.S. 936.

⁷ (1889), 23 Q.B. 453 (C.A.).

the insured to achieve a recovery which could neither be sensibly sought nor anticipated at the time of the contract.

The *Cornish* case, *supra*, illustrates a course generally taken when such contracts reach the courts. There the court was interpreting an insurance contract in the light of the death of the insured while crossing a railway track. The policy included an exception from insured risks resulting from "exposure of the insured to obvious risk of injury". Lindley L.J., in the course of judgment, stated:

The words are "exposure of the insured to obvious risk of injury." These words suggest the following questions: Exposure by whom? Obvious when? Obvious to whom? It is to be observed that the words are very general. There is no such word as "wilful," or "reckless," or "careless"; and to ascertain the true meaning of the exception the whole document must be studied and the object of the parties to it must be steadily borne in mind. The object of the contract is to insure against accidental death and injuries, and the contract must not be construed so as to defeat that object, nor so as to render it practically illusory. A man who crosses an ordinary crowded street is exposed to obvious risk of injury; and, if the words in question are construed literally, the defendants would not be liable in the event of an insured being killed or injured in so crossing, even if he was taking reasonable care of himself. Such a result is so manifestly contrary to the real intention of the parties that a construction which leads to it ought to be rejected. But, if this be true, a literal construction is inadmissible, and some qualification must be put on the words used. (at p. 456)

An example of the application of the same principles is found in the *Indemnity Insurance Company of North America v. Excel Cleaning Service, supra*, where, at pp. 177-8, it was concluded:

Such a construction [as advanced by the insurer] would largely, if not completely, nullify the purpose for which the insurance was sold—a circumstance to be avoided, so far as the language used will permit.

The appellant, as the owner and operator of a large forest products facility, sought insurance protection of the machinery employed in the plant in its industrial processes. There is no dispute that the heat exchangers in question were covered by the insurance contract. There is also no serious dispute, at least by the time the litigation had

indemnité que l'on n'a pas pu raisonnablement rechercher ni escompter au moment du contrat.

L'arrêt *Cornish*, précité, illustre la ligne de conduite généralement suivie lorsque pareils contrats sont soumis aux tribunaux. La cour y interprète un contrat d'assurance dans le contexte du décès de l'assuré survenu alors qu'il traversait une voie ferrée. La police comportait une exception aux risques assurés en cas de [TRADUCTION] «risques évidents de blessures pris par l'assuré». Dans le cours de son jugement, le lord juge Lindley a dit:

[TRADUCTION] Les mots sont «risques évidents de blessures pris par l'assuré». Ces mots suggèrent les questions suivantes: Risques pris par qui? Évidents: quand et pour qui? Il faut remarquer que ces mots sont très généraux. Il n'y a aucun mot tel que «intentionnel» ou «téméraire» ou «négligent»; et pour s'assurer du sens réel de l'exception, il faut examiner le document dans son ensemble et garder toujours à l'esprit l'objet qu'avaient les parties à ce contrat. L'objet du contrat est d'assurer contre la mort ou les blessures accidentelles, et le contrat ne doit pas être interprété d'une manière telle qu'il détruise cet objet, ou le rende pratiquement illusoire. Un homme qui traverse une rue ordinairement encombrée s'expose à des risques évidents de blessures; et, si l'on interprète littéralement les mots en question, les défendeurs ne seront pas responsables si l'assuré est tué ou blessé en traversant, même s'il a été raisonnablement prudent. Pareil résultat est si manifestement contraire à l'intention réelle des parties que l'on doit rejeter une interprétation qui y mène. Mais, si cela est vrai, une interprétation littérale est irrecevable et il faut assortir les mots employés de certaines réserves. (à la p. 456)

On trouve un exemple de l'application des mêmes principes dans *Indemnity Insurance Company of North America c. Excel Cleaning Service*, précité, où l'on a conclu aux pp. 177 et 178:

[TRADUCTION] Une telle interprétation [celle de l'assureur] annulerait en grande partie, sinon totalement, l'objet de l'assurance—une situation qui doit être évitée, dans la mesure où les termes employés le permettent.

L'appelante, en qualité de propriétaire et d'exploitant d'une grande usine de produits forestiers, a voulu assurer la machinerie utilisée dans l'usine à des fins industrielles. Il n'est pas contesté que les échangeurs de chaleur en question sont protégés par le contrat d'assurance. Il n'est pas non plus sérieusement contesté, du moins lorsque le litige

reached this Court, that corrosion of the tubes inside the heat exchanger, probably caused by the presence of sea water, was the effective cause of the breakdown of the heat exchanger, and the consequential release of oil into the processed steam. The insurer, as was its right, sought in the terms of the contract to limit its exposure to accidental loss and did so by seeking to confine the definition of accident. If a court were to accept the submissions of the respondent, that loss suffered by the insured by reason of the failure of a machine due to wear and tear and the consequential downtime of the plant was excluded by the definition of accident, then the insured would have purchased, by its premiums, no coverage for what may well be the most likely source of loss, or certainly a risk pervasive through much of the plant. Similarly, to interpret corrosion as that word is employed in the definition of accident in the manner sought by the respondent would be to eliminate from the insurance coverage any and all loss suffered by the insured mill operator by reason of the intervention of the condition of corrosion. Such an interpretation would necessarily result in a substantial nullification of coverage under the contract. It may well be argued by insurers that the premium will reflect such a narrowed coverage. There is no evidence that such is the case here.

It may also be argued by the insurance industry that applying the more favourable construction to this ambiguous provision will be to unnecessarily and unfairly burden the carrier. The carrier under this policy has at least two defensive mechanisms which it can readily call to its aid: firstly, the right of inspection which was exercised here both before and during the contract; and secondly, the right to terminate in the event the insurance carrier determines that the condition of the insured machinery is such as to make it impractical to extend coverage in the manner required by the contract.

I therefore would allow the appeal, set aside the judgment at trial and of the Court of Appeal and direct the entry of judgment in favour of the appellants in the amount of \$158,289.24 with interest from the 1st of April, 1969, as claimed (it

est venu devant cette Cour, que la corrosion des tubes à l'intérieur des échangeurs de chaleur, probablement causée par la présence d'eau de mer, a été la cause réelle de leur panne et de la fuite consécutive d'huile dans l'eau de condensation. Comme il en a le droit, l'assureur a cherché dans les termes du contrat à limiter sa protection à la perte accidentelle, ce qu'il a fait en essayant de restreindre la définition d'accident. Si une cour devait accepter la prétention de l'intimée, que la perte subie par l'assurée en raison de la panne de la machinerie causée par l'usure normale et que l'immobilisation consécutive de l'usine étaient exclues par la définition d'accident, alors l'assurée n'aurait obtenu, par ses primes, aucune garantie pour ce qui peut bien être la source de perte la plus vraisemblable, ou certainement un risque constant dans presque toute l'usine. De même, interpréter la corrosion au sens où ce mot est employé dans la définition d'accident, comme le désire l'intimée, équivaldrait à éliminer de la protection de l'assurance toutes les pertes subies par l'assurée en raison de la présence de corrosion. Pareille interprétation entraînerait nécessairement la suppression d'une partie importante de la protection prévue au contrat. Il est possible que des assureurs prétendent que la prime sera fixée en fonction d'une garantie aussi limitée. Il n'y a aucune preuve à cet effet en l'espèce.

Il est également bien possible que l'industrie des assurances prétende qu'appliquer l'interprétation la plus favorable à cette disposition ambiguë va imposer un fardeau inutile et injuste à l'assureur. L'assureur en vertu de cette police peut invoquer au moins deux mécanismes de défense pour lui venir facilement en aide: premièrement, le droit d'inspection qui a été exercé en l'espèce, avant et pendant le contrat; et, deuxièmement le droit de mettre fin au contrat si l'assureur est d'avis que l'état de la machinerie est tel qu'il est impossible d'accorder la garantie de la manière stipulée au contrat.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier le jugement de la cour de première instance et l'arrêt de la Cour d'appel et d'ordonner que l'appelante a le droit de recouvrer \$158,289.24 avec intérêt à compter du 1^{er} avril 1969, tel que

being the date of submission of claim and which date has not been contested in any court in these proceedings), together with costs throughout. In the event the parties are in disagreement as to whether the "Direct Damage" in the amount of \$15,604.44 mentioned above is, in fact, repairs of the actual corrosion damage and should not therefore, on the basis of these reasons be included in judgment granted, the matter shall be determined on application to a Judge of the Superior Court.

Appeal allowed with costs, MARTLAND, RITCHIE and McINTYRE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Desjardins, Ducharme, Desjardins & Bourque, Montreal.

Solicitors for the respondent: Martineau, Walker, Allison, Beaulieu, MacKell & Clermont, Montreal.

demandé (soit la date du dépôt de la réclamation, date qui n'a été contestée devant aucune cour dans les présentes procédures), et les dépens dans toutes les cours. Si les parties ne s'entendent pas sur la question de savoir si les dommages-intérêts pour la «perte directe» au montant de \$15,604.44 susmentionné s'appliquent en fait à la réparation des dommages causés par la corrosion et ne devraient donc pas être inclus dans les dommages-intérêts accordés, compte tenu des présents motifs, elles devront s'adresser à un juge de la Cour supérieure pour faire trancher cette question.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges MARTLAND, RITCHIE et McINTYRE étant dissidents.

Procureurs de l'appelante: Desjardins, Ducharme, Desjardins & Bourque, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Martineau, Walker, Allison, Beaulieu, MacKell & Clermont, Montréal.

United Steelworkers of America, Local 4589

and

Yvon Robert *Appellants*;

and

Bombardier—M.L.W. Limitée *Respondent*;

and

Bernard Brody *Mis en cause*.

1980: January 31; 1980: April 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Labour law — Arbitration of a grievance — Interpretation of a collective agreement — Jurisdiction of the arbitrator — Natural justice.

On February 5, 1973, respondent (Bombardier) terminated the employment of appellant Robert, who had complained of pains in his knees and been absent from work since January 11, 1973. Bombardier referred to clause 13.06(d)(1) of the collective agreement, which provided that an employee "absent for 24 consecutive months" lost accumulated seniority. Appellant filed a grievance alleging that in fact his case was covered by clause 13.06(d)(3) of the agreement, according to which the permissible period of absence is 48 months if an employee is absent as a result of an industrial accident or an "illness occurring or contracted while in the Company's plant". The arbitrator allowed the grievance and reversed the decision of the company, holding that clause 13.06(d)(3) applied to an illness which appeared during the period of employment. The Superior Court authorized a writ to be issued evoking this case before it, and a majority of the Court of Appeal upheld this judgment. The lower courts accepted the interpretation suggested by the company, that the illness referred to in clause 13.06(d)(3) could only be an industrial illness, and held that any other interpretation altered the collective agreement and constituted an excess of jurisdiction.

Held: The appeal should be allowed.

The text in question is not so clear as to need no interpretation. It would undoubtedly have been otherwise if, instead of this ambiguous provision, the expression "industrial illness" had been used, but this is precisely the expression which the parties apparently wanted to avoid, especially as there was no hesitation in

Métallurgistes unis d'Amérique, local 4589

et

Yvon Robert *Appellants*;

et

Bombardier—M.L.W. Limitée *Intimée*;

et

Bernard Brody *Mis en cause*.

1980: 31 janvier; 1980: 22 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit du travail — Arbitrage d'un grief — Interprétation de la convention collective — Compétence de l'arbitre — Justice naturelle.

Le 5 février 1973, l'intimée (Bombardier) met fin à l'emploi de l'appelant Robert, qui, se plaignant de maux de genoux, s'est absenté de son travail depuis le 11 janvier 1973. Bombardier invoque l'article 13.06(d)(1) de la convention collective qui prévoit qu'un employé «absent pour vingt-quatre mois consécutifs» perd l'ancienneté accumulée. L'appelant dépose un grief alléguant que son cas est régi plutôt par l'article 13.06(d)(3) de la convention selon lequel la période d'absence permissible est de quarante-huit mois si un employé est absent à cause d'un accident industriel ou d'une «maladie se déclarant ou contractée lorsque dans l'usine de la Compagnie». L'arbitre a accueilli le grief et annulé la décision de l'entreprise, statuant que la clause 13.06(d)(3) s'applique à une maladie qui s'est manifestée pendant la période d'emploi. La Cour supérieure a autorisé la délivrance d'un bref évoquant cette affaire devant elle et la Cour d'appel, majoritairement, a confirmé le jugement. Les tribunaux d'instance inférieure ont accepté la prétention de l'entreprise selon laquelle la maladie dont parle l'article 13.06(d)(3) ne pouvait être qu'une maladie industrielle et décidé que toute autre interprétation modifiait la convention collective et constituait un excès de juridiction.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le texte en litige ne paraît pas clair au point de ne pas requérir d'interprétation. Il en irait autrement si, à la place de ce texte ambigu, on s'était servi de l'expression «maladie industrielle» mais c'est précisément l'expression que l'on paraît avoir voulu éviter, d'autant plus que l'on n'a pas hésité à employer le mot «industriel» dans le

using the word "industrial" in the same clause 13.06(d)(3), which contains the expression "industrial accident". The courts should play only a limited role in supervising the legality of arbitral awards. They should refrain from substituting their own interpretation of a collective agreement for that of the arbitrator, and avoid intervening when the interpretation which the arbitrator has given to the agreement is one which the wording of the agreement may reasonably bear. In the case at bar, the arbitrator was faced with an ambiguous provision. He exercised his interpretative jurisdiction and did not alter the collective agreement by deciding as he did.

Respondent further maintained that the arbitrator had infringed the principles of natural justice, since after warning the parties that in his opinion the words "illness occurring or contracted while in the Company's plant" meant an "industrial illness", he altered his opinion without ordering a reopening of the trial and a rehearing. This argument is without foundation. The opinion expressed by the arbitrator during the hearing is not even an interlocutory judgment. It is a preliminary opinion and respondent knew or ought to have known that the arbitrator could change his mind. In any case, the employer was alerted by the written plea of the union, in which the interpretation ultimately adopted by the arbitrator is set forth. Nothing prevented the employer, in its reply to this plea, from seeking a reopening of the trial or a rehearing. In the absence of such a request, the arbitrator was justified in concluding that respondent had no other evidence to adduce.

Syndicat des professeurs du CEGEP du Vieux-Montréal v. CEGEP du Vieux-Montréal, [1977] 2 S.C.R. 568; *Association of Machinists and Aerospace Workers v. Hudson Bay Mining and Smelting Co. Ltd.*, [1968] S.C.R. 113; *Zeller's (Western) Ltd. v. Retail Wholesale and Department Store Union*, [1975] 1 S.C.R. 376; *Dickson v. Her Majesty in Right of the Province of New Brunswick*, [1979] 2 S.C.R. 13, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec, affirming a judgment of the Superior Court¹ authorizing a writ of evocation to be issued. Appeal allowed.

Giuseppe Sciortino and Pierre Grenier, for the appellants.

Pierre J. Perrault and Jacques L. Archambault, for the respondent.

¹ [1978] C.S. 554.

même article 13.06(d)(3) où l'on trouve l'expression «accident industriel». Le pouvoir judiciaire doit se confiner à un rôle limité lorsqu'il contrôle la légalité des sentences arbitrales. Les tribunaux doivent s'abstenir de substituer leur propre interprétation d'une convention collective à celle de l'arbitre, et se garder d'intervenir lorsque l'interprétation que l'arbitre a donnée à la convention en est une que les termes de la convention peuvent raisonnablement permettre. En l'instance, l'arbitre était aux prises avec un texte équivoque. Il a exercé sa juridiction d'interprète et n'a pas modifié la convention collective en décidant comme il l'a fait.

L'intimée soutient également que l'arbitre a violé les principes de justice naturelle puisque, après avoir prévenu les parties qu'il considérait que les mots «maladie se déclarant ou contractée lorsque dans l'usine de la Compagnie» signifiaient une «maladie industrielle», il s'est ravisé sans ordonner une réouverture d'enquête et une nouvelle audition. Ce moyen n'est pas fondé. L'opinion exprimée par l'arbitre au cours de l'audition n'est même pas un jugement interlocutoire. C'est une opinion préliminaire et l'intimée savait ou aurait dû savoir que l'arbitre pouvait se ravisé. Quoi qu'il en soit, la partie patronale a été alertée par la plaidoirie écrite de la partie syndicale où l'interprétation finalement adoptée par l'arbitre est mise de l'avant. Rien n'empêchait la partie patronale, dans sa réponse à cette plaidoirie, de demander une réouverture d'enquête ou une nouvelle audition. En l'absence d'une telle demande, l'arbitre était justifié de conclure que l'intimée n'avait pas d'autre preuve à offrir.

Jurisprudence: *Syndicat des professeurs du CEGEP du Vieux-Montréal c. CEGEP du Vieux-Montréal*, [1977] 2 R.C.S. 568; *Association of Machinists and Aerospace Workers c. Hudson Bay Mining and Smelting Co. Ltd.*, [1968] R.C.S. 113; *Zeller's (Western) Ltd. c. Retail, Wholesale and Department Store Union*, [1975] 1 R.C.S. 376; *Dickson c. Sa Majesté du chef de la province du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 13.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec confirmant un jugement de la Cour supérieure¹ autorisant la délivrance d'un bref d'évocation. Pourvoi accueilli.

Giuseppe Sciortino et Pierre Grenier, pour les appelants.

Pierre J. Perrault et Jacques L. Archambault, pour l'intimée.

¹ [1978] C.S. 554.

English version of the judgment of the Court delivered by

BEETZ J.—The Superior Court—Deslandes J.—authorized a writ to be issued evoking a grievance arbitration case before it. This decision was upheld by a majority of the Court of Appeal, consisting of Bélanger and Bernier J.J.A., Owen J.A. dissenting.

The appeal is against this judgment.

The first issue is whether the Court of Appeal and the Superior Court correctly held that, in interpreting the collective agreement as he did the arbitrator, Brody, altered this agreement and exceeded his jurisdiction.

The second issue is whether the arbitrator Brody departed from the principles of natural justice, as was held by the Superior Court. In the Court of Appeal, only Bélanger J.A. expressed an opinion on this point, and he concurred with the Superior Court.

The following circumstances gave rise to the dispute.

Appellant Yvon Robert was hired by respondent Bombardier on December 5, 1971. He had previously been employed by this company, from 1967 to May 19, 1971, but this earlier period of service has no bearing on the case. His duties consisted of folding metal sheets in a crouching position. He complained of pains in his knees and was absent from work from January 11, 1973, for an extended period as a result of illness. On February 5, 1975, the company terminated his employment. Yvon Robert had accumulated a little more than three years' seniority. The company alleged that the twenty-four months of absence allowed by clause 13.06(d)(1) of the collective agreement had expired.

13.06—Loss of seniority: All accumulated plant and occupational seniority will be cancelled for any one of the following reasons:

(d) ...

- (1) If, for any reason including lay-off due to lack of work, an employee having less than fifteen (15) years of seniority is absent for twenty-four (24) consecutive months ...

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—La Cour supérieure,—le juge Deslandes—, a autorisé la délivrance d'un bref évoquant devant elle une affaire d'arbitrage de grief. La Cour d'appel a confirmé par un arrêt majoritaire des juges Bélanger et Bernier. Le juge Owen est dissident.

C'est cet arrêt que le pourvoi attaque.

Il faut décider en premier lieu si la Cour d'appel et la Cour supérieure ont eu raison de juger qu'en interprétant comme il l'a fait la convention collective, l'arbitre Brody a modifié cette convention et excédé sa juridiction.

Il faut décider en second lieu si l'arbitre Brody a violé les principes de la justice naturelle, ainsi que l'a jugé la Cour supérieure. En Cour d'appel, seul le juge Bélanger exprime son opinion sur ce point, et il est d'accord avec la Cour supérieure.

Les circonstances suivantes ont donné lieu au litige.

L'appelant, Yvon Robert, est embauché par l'intimée Bombardier le 5 décembre 1971.—Il avait été à son emploi auparavant, de 1967 au 19 mai 1971, mais cette période antérieure de service est étrangère au litige.—Sa tâche consiste à plier des feuilles de métal dans une position accroupie. Il se plaint de maux aux genoux et, à compter du 11 janvier 1973, s'absente du travail durant une période prolongée pour cause de maladie. Le 5 février 1975, l'entreprise met fin à son emploi. Yvon Robert a accumulé un peu plus de trois ans d'ancienneté. L'entreprise allègue que sont expirés les 24 mois d'absence alloués par l'article 13.06(d)(1) de la convention collective.

13.06—Perte d'ancienneté: Toute l'ancienneté d'usine et d'occupation accumulée sera annulée pour l'une ou l'autre des raisons suivantes:

(d) ...

- (1) Si, pour quelque raison y compris une mise-à-pied due au manque de travail, un employé ayant moins que quinze (15) ans d'ancienneté est absent pour vingt-quatre (24) mois consécutifs.

On March 5, 1975, Yvon Robert filed a grievance which was heard by the arbitrator Brody on May 19, 1976. Yvon Robert contended that his case was covered not by clause 13.06(d)(1) of the collective agreement, but by clause 13.06(d)(3):

- (3) If an employee is absent as a result of an industrial accident or of an illness occurring or contracted while in the Company's plant, the permissible period of absence without loss of seniority will be forty-eight (48) months, which may be extended with the written consent of the Company.

On November 6, 1977, the arbitrator allowed the grievance and reversed the decision of the company.

The first point at issue turns entirely on the interpretation of the words "illness occurring or contracted while in the Company's plant".

At the hearing before the arbitrator, and subsequently before the Superior Court, the Court of Appeal and this Court, the company maintained that these words can only refer to an "industrial illness", and that any other interpretation results in unlawfully altering the collective agreement.

This is not the interpretation adopted by the arbitrator:

[TRANSLATION] "An illness occurring or contracted while in the Company's plant": this latter case covers two distinct possibilities, since the use of two different words refers to two different ideas.

The first possibility relates to "an illness contracted while in the Company's plant". In brief, such an illness may be regarded as synonymous with an industrial illness, since its cause is work-related.

The second possibility does not refer to an industrial illness. "An illness occurring while in the Company's plant" is not an illness the cause of which is necessarily work-related. The *Robert* dictionary gives the following meaning of the word "déclarer" [occur]: disclose, uncover, reveal, appear: while the *Larousse* dictionary gives the following meaning for the same word: disclose, appear. An illness occurring while in the plant is therefore not an illness the cause of which is necessarily work-related, but rather an illness which is disclosed, which is uncovered, which is revealed or which appears while in the plant.

Le 5 mars 1975, Yvon Robert dépose un grief qui est entendu par l'arbitre Brody le 19 mai 1976. Yvon Robert soutient que son cas est régi non pas par l'article 13.06(d)(1) de la convention collective, mais par l'article 13.06(d)(3):

- (3) Si un employé est absent à cause d'un accident industriel ou d'une maladie se déclarant ou contractée lorsque dans l'usine de la Compagnie, la période d'absence permissible sans perte d'ancienneté sera de quarante-huit (48) mois, qui peut être prolongée avec le consentement de la Compagnie.

Le 6 novembre 1977, l'arbitre accueille le grief et annule la décision de l'entreprise.

La première question en litige porte entièrement sur l'interprétation des mots «maladie se déclarant ou contractée lorsque dans l'usine de la Compagnie».

Devant l'arbitre, comme plus tard devant la Cour supérieure, la Cour d'appel et cette Cour, l'entreprise prétend que ces mots ne peuvent viser que «la maladie industrielle» et que tout autre interprétation a pour effet de modifier illégalement la convention collective.

Ce n'est pas l'interprétation que retient l'arbitre:

«une maladie se déclarant ou contractée lorsque dans l'usine de la Compagnie». Cette deuxième circonstance recouvre deux possibilités distinctes puisque l'utilisation de deux mots différents renvoie à deux concepts différents.

La première possibilité a trait à «une maladie contractée lorsque dans l'usine de la Compagnie». Une telle maladie peut être ramenée, en définitive, à une maladie industrielle puisque sa cause est reliée au travail.

La deuxième possibilité ne réfère pas à une maladie industrielle. «Une maladie se déclarant lorsque dans l'usine de la Compagnie» n'est pas une maladie dont la cause soit nécessairement reliée au travail. Le dictionnaire *Robert* donne la signification suivante du mot déclarer: faire connaître, dévoiler, révéler, manifester; tandis que le dictionnaire *Larousse* donne la signification suivante du même mot: faire connaître, manifester. Une maladie qui se déclare lorsque dans l'usine n'est donc pas une maladie dont la cause soit nécessairement reliée au travail, mais c'est plutôt une maladie qui se fait connaître, qui se dévoile, qui se révèle ou qui se manifeste lorsque dans l'usine.

The question then is as to what meaning should be given to the words "while in the Company's plant".

If they are given the limited meaning of "while physically in the Company's plant", this leads to the following extreme case:

- an employee falls victim to an illness not related to work just before going through the plant door on the way home: this employee is covered by clause 13.06(d)(3);
- an employee falls victim to an illness not related to work when he has just stepped onto the sidewalk and is outside the plant: this employee is not covered by clause 13.06(d)(3).

This example indicates that a literal meaning should not be given to the words "while in the Company's plant", because this would make application of the clause illogical.

The words "while in the Company's plant" must be given the meaning of "during the period of employment". With this interpretation, the purpose of clause 13.06(d)(3) is to protect an employee who is absent as the result of an illness, even if this absence is not due to an industrial illness. Such an employee is accordingly given greater protection than an employee who is absent without a valid reason.

Clause 13.06(d)(3) applies to an employee who is absent as a result of illness, even if this illness is not work-related, if this illness appeared during the employee's period of employment with the Company.

In these circumstances, the union did not have to prove that Yvon Robert's illness was an industrial illness. It only had to show that the complainant was in fact ill during his absence. The employer did not dispute the fact of Yvon Robert's illness. It only disputed the cause of the illness, arguing that it had not been proven that the illness was work-related.

The Superior Court accepted the interpretation suggested by the company. It held that [TRANSLATION] "the illness referred to in clause 13.06(d)(3) can only be an industrial illness", and that by his interpretation [TRANSLATION] "the arbitrator was adding to the collective agreement a clause which did not exist".

In the Court of Appeal, Bélanger J.A. expressed the opinion that the words [TRANSLATION] "illness occurring or contracted while in the Company's plant" . . . "seem clear and do not require any

Il faut maintenant voir quel sens attribuer aux mots «lorsque dans l'usine de la Compagnie».

Si on leur attribue le sens restreint de lorsque physiquement dans l'usine de la Compagnie, on se retrouve avec le cas extrême suivant:

- une maladie non reliée au travail se déclare chez un employé juste avant qu'il ne franchisse le seuil de l'usine pour sortir; cet employé est couvert par la clause 13.06(d)(3).
- une maladie non reliée au travail se déclare chez un employé alors que celui-ci vient de mettre les pieds sur le trottoir à l'extérieur de l'usine; cet employé n'est pas couvert par la clause 13.06(d)(3).

Cet exemple nous démontre qu'il ne faut pas accorder un sens littéral aux mots «lorsque dans l'usine de la Compagnie» car alors l'application de la clause devient illogique.

Il faut donner aux mots «lorsque dans l'usine de la Compagnie» le sens de pendant la période d'emploi. Avec cette interprétation, le but de la clause 13.06(d)(3) est de protéger l'employé absent pour une cause de maladie même si cette absence n'est pas due à une maladie industrielle. On accorde ainsi à cet employé une plus grande considération qu'à l'employé qui s'absente sans raison valable.

La clause 13.06(d)(3) s'applique à un employé absent pour cause de maladie, même si cette maladie n'est pas reliée au travail, si cette maladie s'est manifestée pendant la période d'emploi de l'employé pour la Compagnie.

La partie syndicale n'avait pas dans ces circonstances à démontrer que la maladie d'Yvon Robert était une maladie industrielle. Elle n'avait qu'à démontrer que le plaignant était effectivement malade durant son absence. Cette maladie d'Yvon Robert n'a pas été contestée par la partie patronale. Celle-ci n'a contesté que la cause de la maladie en affirmant qu'il n'avait pas été prouvé que c'était une maladie reliée au travail.

La Cour supérieure accepte l'interprétation proposée par l'entreprise. Elle tient que «la maladie dont parle l'article 13.06(d)(3) ne peut être qu'une maladie industrielle» et que, par son interprétation, «l'arbitre se trouve à ajouter à la convention collective une clause qui n'existe pas».

En Cour d'appel, le juge Bélanger exprime l'avis que les mots «maladie se déclarant ou contractée lorsque dans l'usine de la Compagnie» . . . «sem-

interpretation”; and he adopted the opinion of the trial judge.

Bernier J.A. wrote with more nuance that [TRANSLATION] “the powers enjoyed by an arbitrator to interpret a provision which may contain some ambiguity cannot be a basis for arbitrary action”. He affirmed the Superior Court judgment on the ground that the arbitrator had altered the collective agreement.

In my view, and I say this with deference for the opposite opinion, the text in question is not so clear as to need no interpretation. It would undoubtedly have been otherwise if, instead of this ambiguous provision, the expression “industrial illness” had been used, as it is familiar to businesses and unions, being used in ss. 2(1)(1) and 105 of the *Workmen’s Compensation Act*, R.S.Q. 1964, c. 159. However, this is precisely the expression which the parties apparently wanted to avoid, especially as there was no hesitation in using the word “industrial” in the same clause 13.06(d)(3), which contains the expression “industrial accident”. Can the arbitrator then be blamed for seeking some other interpretation?

Furthermore, an interpretation to the effect that the words “illness occurring or contracted while in the Company’s plant” mean “industrial illness” would be open to question: it might be argued that such an interpretation excludes illness occurring in the plant, and thereby alters the collective agreement. Appellants conceded that if the arbitrator had adopted this questionable interpretation suggested by the respondent, there would have been no basis for an evocation, because it could not be maintained that such an interpretation is absurd; but neither can it be argued that it is a necessary interpretation.

It is now well established that the courts should play only a limited role in supervising the legality of arbitral awards. They should refrain from substituting their own interpretation of a collective agreement for that of the arbitrator, and avoid intervening when the interpretation which the arbitrator has given to the agreement is one which the wording of the agreement may reasonably bear:

blent clairs et ne requièrent pas d’interprétation». Et il adopte l’opinion du premier juge.

Avec plus de nuances, le juge Bernier écrit que «la compétence qu’a un arbitre d’interpréter un texte qui peut comporter quelque ambiguïté, ne peut autoriser l’arbitraire». Il confirme le jugement de la Cour supérieure au motif que l’arbitre a modifié la convention collective.

A mon avis, et je le dis avec égard pour l’opinion contraire, le texte en litige ne paraît pas clair au point de ne pas requérir d’interprétation. Il en irait sans doute autrement si, à la place de ce texte ambigu, on s’était servi de l’expression «maladie industrielle», une expression bien connue des entreprises et des syndicats, et que l’on trouve aux art. 2(1)1 et 105 de la *Loi des accidents du travail*, S.R.Q. 1964, chap. 159. Mais c’est précisément l’expression que l’on paraît avoir voulu éviter, d’autant plus que l’on n’a pas hésité à employer le mot «industriel» dans le même article 13.06(d)(3) où l’on trouve l’expression «accident industriel». Dès lors, peut-on blâmer l’arbitre d’avoir cherché une autre interprétation?

Au surplus, une interprétation selon laquelle les mots «maladie se déclarant ou contractée lorsque dans l’usine de la Compagnie» signifient «maladie industrielle» serait discutable: on pourrait en effet arguer qu’une telle interprétation exclut la maladie qui se déclare dans l’usine, et modifie pour autant la convention collective. Et pourtant, les appelants concèdent que si l’arbitre avait fait sienne cette interprétation discutable suggérée par l’intimée, il n’y aurait pas lieu à évocation, car on ne pourrait soutenir qu’une telle interprétation est extravagante. Mais on ne peut pas soutenir non plus qu’il s’agit d’une interprétation nécessaire.

Il est maintenant bien établi que le pouvoir judiciaire doit se confiner à un rôle limité lorsqu’il contrôle la légalité des sentences arbitrales. Les tribunaux doivent s’abstenir de substituer leur propre interprétation d’une convention collective à celle de l’arbitre, et se garder d’intervenir lorsque l’interprétation que l’arbitre a donnée à la convention en est une que les termes de la convention peuvent raisonnablement permettre:

It is true that an arbitration board must respect the provisions of a collective agreement that define its authority. This Court recently applied this rule in *Air-Care Ltd. v. The United Steel Workers of America*, [1976] 1 S.C.R. 2. However, it is the duty of an arbitration board to interpret and apply the provisions of the agreement. A court may interfere with such interpretation and application only if they are an abuse of authority within the meaning of art. 846 C.C.P.

It was unquestionably the duty of the arbitration board hearing the grievance to decide how the new agreement would apply to a notice of termination given under the earlier agreement. Undoubtedly, the existence of this other agreement was one of the facts to be taken into account and the arbitrators certainly were not giving the new text a construction it could not bear . . .

Pigeon J., speaking for the Court in *Syndicat des professeurs du CEGEP du Vieux-Montréal v. CEGEP du Vieux-Montréal*², at pp. 572 and 573. See also *Association of Machinists and Aerospace Workers, Flin Flon Lodge No. 1848 et al. v. Hudson Bay Mining and Smelting Co. Ltd.*³; *Zeller's (Western) Ltd. v. Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 955 and Dolores Bonsal*⁴; *Dickson and The New Brunswick Teachers' Federation v. Her Majesty in Right of the Province of New Brunswick*⁵.

In the case at bar, the arbitrator was faced with an ambiguous provision and his task was not an easy one. Both parties suggested interpretations to him, each of which might be open to question but neither of which was unreasonable. In my opinion, he exercised his interpretative jurisdiction and did not alter the collective agreement by deciding as he did.

The other question at issue, that relating to the principles of natural justice, arises from the following circumstances.

Judging only from the allegations of the motion in evocation, which must be taken as proven at this stage of the proceeding, the arbitrator Brody warned the parties several times during the hear-

Il est vrai qu'un tribunal d'arbitrage est tenu de respecter les dispositions de la convention collective qui délimite sa juridiction. Nous avons récemment appliqué cette règle dans *Air-Care Ltd. c. The United Steel Workers of America*, [1976] 1 R.C.S. 2. Il n'en reste pas moins qu'il appartient au tribunal d'arbitrage d'interpréter et d'appliquer les dispositions de la convention. Les tribunaux ne peuvent intervenir à l'encontre de cette interprétation et de cette application que si elle constitue un abus de pouvoir au sens de l'art. 846 C.p.c.

Il appartenait sûrement au tribunal d'arbitrage saisi du grief de décider comment la nouvelle convention s'appliquait à un avis de non-renouvellement donné sous le régime de la convention antérieure. L'existence de cette autre convention était indubitablement l'un des faits à considérer et les arbitres n'ont sûrement pas donné au nouveau texte un sens dont il n'était pas susceptible . . .

Le juge Pigeon, parlant pour la Cour dans *Syndicat des professeurs du CEGEP du Vieux-Montréal c. CEGEP du Vieux-Montréal*², aux pp. 572 et 573. Voir également *Association of Machinists and Aerospace Workers, Flin Flon Lodge No. 1848 et al. v. Hudson Bay Mining and Smelting Co. Ltd.*³; *Zeller's (Western) Ltd. c. Retail, Wholesale and Department Store Union, local 955 et Dolores Bonsal*⁴; *Dickson et la Fédération des enseignants du Nouveau Brunswick c. Sa Majesté du chef de la province du Nouveau Brunswick*⁵.

En l'instance, l'arbitre était aux prises avec un texte équivoque et sa tâche n'était pas facile. Les deux parties lui proposaient des interprétations dont chacune était peut-être contestable mais dont aucune n'était déraisonnable. A mon avis, il a exercé sa juridiction d'interprète et n'a pas modifié la convention collective en décidant comme il l'a fait.

L'autre question en litige, celle qui concerne les principes de la justice naturelle, découle des circonstances qui suivent.

Si l'on s'en tient aux allégations de la requête en évocation qu'il faut tenir pour avérées à ce stade de la procédure, l'arbitre Brody a plusieurs fois prévenu les parties, au cours de l'audition du 15

² [1977] 2 S.C.R. 568.

³ [1968] S.C.R. 113.

⁴ [1975] 1 S.C.R. 376.

⁵ [1979] 2 S.C.R. 13.

² [1977] 2 R.C.S. 568.

³ [1968] R.C.S. 113.

⁴ [1975] 1 R.C.S. 376.

⁵ [1979] 2 R.C.S. 13.

ing of April 15, 1975, that in his opinion the words "illness occurring or contracted while in the Company's plant" meant an "industrial illness", and that accordingly, appellants had the burden of proving that the extended absence of Yvon Robert was due to such an illness. Furthermore, these allegations are confirmed by a passage contained in a written interlocutory decision, rendered on an objection to the evidence.

The parties then submitted written pleadings. The employer's plea is dated June 7, 1976, the union's plea March 23, 1977, and the employer's reply August 1, 1977. The arbitrator summarized these pleas in his award of November 6, 1977. It is in the plea of March 23, 1977, that the union, apparently for the first time, put forward the interpretation of 13.06(d)(3) which the arbitrator ultimately adopted.

Respondent's contention is that the arbitrator should not have thus altered his opinion while the case was under advisement without ordering, of his own motion, a reopening of the trial and a rehearing. It maintains, *inter alia*, that it was thereby deprived of an opportunity to establish an earlier practice of the parties regarding interpretation of the collective agreement, and that there was a breach of natural justice. As mentioned above, the argument was upheld by the Superior Court and by one of the judges of the Court of Appeal.

In my opinion, this argument is without foundation. The opinion expressed by the arbitrator during the hearing is not even an interlocutory judgment. It is a preliminary, provisional opinion, and respondent knew or ought to have known that the arbitrator could change his mind. What shows this is the written plea of the employer dated June 7, 1976. It is not contained in the record, but it is summarized by the arbitrator, and the employer is in fact found to have pleaded that the disputed phrase in clause 13.06(d)(3) means "industrial illness". It is hard to understand the reason for such an argument if the employer regarded the point as settled.

In any case, the employer was alerted by the written plea of the union dated March 23, 1977, in

avril 1975, qu'à son avis les mots «maladie se déclarant ou contractée lorsque dans l'usine de la Compagnie» signifiaient une «maladie industrielle» et que, dès lors, les appelants avaient le fardeau de prouver que l'absence prolongée d'Yvon Robert était attribuable à une telle maladie.—Ces allégations sont d'ailleurs confirmées par un passage que l'on trouve dans une décision interlocutoire écrite, rendue sur une objection à la preuve—.

Les parties ont ensuite plaidé par écrit. La plaidoirie patronale date du 7 juin 1976, la plaidoirie syndicale, du 23 mars 1977 et la réponse patronale, du 1^{er} août 1977. L'arbitre résume ces plaidoiries dans sa sentence du 6 novembre 1977. C'est dans la plaidoirie du 23 mars 1977 que la partie syndicale soutient, apparemment pour la première fois, l'interprétation de l'article 13.06 (d)(3) que l'arbitre finira par adopter.

La prétention de l'intimée, c'est que l'arbitre n'aurait pas dû ainsi se raviser pendant le délibéré sans ordonner de son propre chef une réouverture d'enquête et une nouvelle audition. Elle soutient entre autres qu'elle a été par là privée de l'occasion de prouver la pratique antérieure des parties relativement à l'interprétation de la convention collective et que la justice naturelle a été violée. Nous l'avons déjà dit, c'est un moyen que retiennent la Cour supérieure et l'un des juges de la Cour d'appel.

Ce moyen, à mon avis, n'est pas fondé. L'opinion exprimée par l'arbitre au cours de l'audition n'est même pas un jugement interlocutoire. C'est une opinion préliminaire, provisoire, et l'intimée savait ou aurait dû savoir que l'arbitre pouvait se raviser. Ce qui le démontre, c'est la plaidoirie écrite de la partie patronale en date du 7 juin 1976. On ne la trouve pas au dossier mais l'arbitre la résume et l'on constate que la partie patronale plaide que l'expression controversée de l'article 13.06(d)(3) signifie «maladie industrielle». On comprend mal la raison de cette argumentation si la partie patronale considérait la question comme réglée.

Quoi qu'il en soit, la partie patronale a été alertée par la plaidoirie écrite de la partie syndi-

which the interpretation ultimately adopted by the arbitrator is set forth. Indeed, in its reply of August 1, 1977, the employer attempted to refute this interpretation. However, the arbitrator does not indicate that the employer sought a reopening of the trial or a rehearing, and respondent does not allege that it made such a request. I do not see anything that prevented it from doing so, if it thought such a request was necessary, in its reply of August 1, 1977.

In my view, if there was no such request by respondent, the arbitrator was justified in concluding that respondent had no other evidence to adduce, that it only intended to plead on the law and that it was satisfied to do so in writing: *Komo Construction Inc. v. Quebec Labour Relations Board*⁶, at p. 175.

I therefore conclude that the arbitrator did not infringe the principles of natural justice.

The Superior Court further decided a third point, namely that the arbitrator had erred in allowing medical certificates relating to Yvon Robert's illness to be filed without cross-examination of the doctors concerned, and over respondent's objections. However, the Superior Court acknowledged that, in view of his interpretation of the collective agreement, the arbitrator did not rely on this evidence in arriving at his conclusion. The Court of Appeal did not consider the point and it does not appear necessary for me to do so either.

The appeal should be allowed, the decision of the Court of Appeal and the judgment of the Superior Court should be reversed and the motion in evocation should be dismissed, with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Melançon, Hélie, Marceau, Grenier & Sciortino, Montreal.

Solicitors for the respondent: Perrault & Archambault, Montreal.

⁶ [1968] S.C.R. 172.

cale en date du 23 mars 1977 où l'interprétation finalement adoptée par l'arbitre est mise de l'avant. Effectivement, dans sa réponse du 1^{er} août 1977, la partie patronale tente de réfuter cette interprétation. Mais l'arbitre ne mentionne pas que la partie patronale ait demandé une réouverture d'enquête ou une nouvelle audition et l'intimée n'allègue pas qu'elle a formulé une telle demande. Je ne vois pas ce qui l'empêchait de le faire, si elle le jugeait nécessaire, dans sa réponse du 1^{er} août 1977.

Selon moi, en l'absence d'une telle demande de la part de l'intimée, l'arbitre était justifié de conclure que l'intimée n'avait pas d'autre preuve à offrir, qu'elle ne voulait que plaider en droit et qu'elle était satisfaite de le faire par écrit: *Komo Construction Inc. c. Commission des relations de travail du Québec*⁶, à la p. 175.

Je suis donc d'avis que l'arbitre n'a pas violé les principes de la justice naturelle.

La Cour supérieure a de plus décidé d'une troisième question savoir que l'arbitre avait erré en permettant, sans contre-interrogatoire des médecins concernés et malgré les objections de l'intimée, la production de certificats médicaux relatifs à la maladie d'Yvon Robert. La Cour supérieure reconnaît cependant que, vu son interprétation de la convention collective, l'arbitre ne s'est pas servi de cette preuve pour parvenir à ses conclusions. La Cour d'appel ne traite pas de la question et il ne me paraît pas nécessaire de le faire non plus.

Le pourvoi doit être accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel et le jugement de la Cour supérieure doivent être infirmés et la requête en évocation doit être rejetée, avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants: Melançon, Hélie, Marceau, Grenier & Sciortino, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Perrault & Archambault, Montréal.

⁶ [1968] R.C.S. 172.

Labatt Breweries of Canada Limited
(*Plaintiff*) *Appellant*;

and

The Attorney General of Canada
(*Defendant*) *Respondent*;

and

The Attorney General of the Province of Quebec *Intervenant*.

1979: June 27, 28; 1979: December 21.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Food and drugs — Standards for labelling — Beer labelled "Special Lite" — Likely to be mistaken for "Light Beer" — Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, ss. 6, 25(1) — Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870, ss. B.02.130 to B.02.135.

Constitutional law — Food and Drugs Act — Invalidity of provisions establishing standards for beer — British North America Act, 1867, ss. 91, 91(2), 91(27), 92(13) — Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, ss. 6, 25(1) — Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870, ss. B.02.130 to B.02.135.

The appellant began marketing a new brand of beer which it labelled "Labatt's Special Lite". The product contained 4 per cent alcohol (as indicated on the label) whereas according to the standard prescribed by the *Food and Drug Regulations* a "Light Beer" should contain no more than 2.5 per cent alcohol. The appellant sought a declaration that its product "is not likely to be mistaken for a light beer within the standard set out" in regulation B.02.134 enacted pursuant to s. 25(1)(c) of the *Food and Drugs Act*. The trial judge found that the appellant had not violated s. 6 of the aforesaid Act and granted the declaration. The Federal Court of Appeal came to the opposite conclusion and set aside the judgment of the Trial Division. Hence the appeal to this Court on two questions: (1) Whether appellant violated s. 6 of the *Food and Drugs Act*; (2) Whether ss. 6 and 25(1)(c) of the Act and regulations B.02.130 to 135 inclusive were constitutionally valid.

Les Brasseries Labatt du Canada Limitée
(*Demanderesse*) *Appelante*;

et

Le Procureur général du Canada
(*Défendeur*) *Intimé*;

et

Le Procureur général de la province de Québec *Intervenant*.

1979: 27, 28 juin; 1979: 21 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Aliments et drogues — Normes d'étiquetage — Bière étiquetée «Special Lite» — Confusion possible avec «Light Beer» — Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27, art. 6, 25(1) — Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., chap. 870, art. B.02.130 à B.02.135.

Droit constitutionnel — Loi des aliments et drogues — Inconstitutionnalité des dispositions fixant les normes de la bière — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 91, 91(2), 91(27), 92(13) — Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27, art. 6, 25(1) — Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., chap. 870, art. B.02.130 à B.02.135.

L'appelante a commencé à vendre une nouvelle marque de bière qu'elle a étiquetée «Labatt's Special Lite». Le produit a une teneur en alcool de 4 pour cent (comme l'indique l'étiquette) alors qu'en vertu de la norme prescrite par le *Règlement sur les aliments et drogues*, une «Light beer» (bière légère) doit renfermer au plus 2.5 pour cent d'alcool. L'appelante demande un jugement déclarant que son produit «ne peut pas être confondu avec de la «Light beer» (bière légère) selon la norme prescrite» dans l'art. B.02.134 du *Règlement* adopté en application de l'al. 25(1)c) de la *Loi des aliments et drogues*. Le juge de première instance a conclu que l'appelante n'avait pas enfreint l'art. 6 de la Loi susmentionnée et a accordé le jugement déclaratoire. La Cour d'appel fédérale est parvenue à la conclusion contraire et a infirmé le jugement de la Division de première instance. D'où le pourvoi à cette Cour sur deux questions: (1) savoir si l'appelante a enfreint l'art. 6 de la *Loi des aliments et drogues*; (2) savoir si l'art. 6 et l'al. 25(1)c) de la Loi ainsi que les art. B.02.130 à 135 inclusivement du *Règlement* sont constitutionnels.

Held by Martland, Ritchie, Dickson, Beetz and Estey JJ. (Laskin C.J. and Pigeon and McIntyre JJ. dissenting): The appeal should be allowed with costs and a declaration issue that s. B.02.130 to B.02.135 of the *Food and Drug Regulations* are invalid and that ss. 6 and 25(1)(c) of the *Food and Drugs Act* are *ultra vires* Parliament in so far as they relate to malt liquors. *Held by Pratte J.:* The appeal should be allowed with costs and the judgment of the trial judge restored.

Per Martland, Dickson, Beetz and Estey JJ.: The sale of Labatt's Special Lite Beer, unless labelled simply as "beer", being the common name prescribed for use with reference to a product which conforms to the standards of beer as prescribed in the regulations, is a violation of s. 6 of the statute, without more. Here the appellant, by the adoption of the coined word "lite" and by associating it with the common name "beer" to produce a phonetic equivalent to another food, "light beer", whose prescribed common name is "light beer" has sold as a light beer a product which conforms not with regulation B.02.134 (which describes a "Light Beer") but which conforms with B.02.130 (which describes a "Beer"). The description "lite beer" must, in the ordinary usage of the language today, be synonymous with light beer, and the appellant's product, having an alcoholic content of 4 per cent, does not conform with the standards prescribed.

As to the constitutional issue it requires an answer to the following question: what is the constitutional basis for the enactment by Parliament of the contested portions of the Act? The possible sources of this sovereign power include the federal authority under s. 91 of the *B.N.A. Act* in respect of criminal law, trade and commerce, and peace, order and good government.

Firstly there is no basis for the detailed regulation of the brewing industry in the production and sale of its product as a proper exercise of the federal authority in criminal law. Similarly the jurisdiction of Parliament in matters related to health, considered as an aspect of criminal law, has no application here.

Secondly the trade and commerce head of s. 91 of the *B.N.A. Act* cannot be applied to the regulation of a single trade, even though it be on a national basis. Here we are concerned with the proper regulatory authority in connection with the production process of a single industry and, to some extent, with the sale of its products, the latter being concerned largely with the use of labels or identification. Nowhere are the impugned statutory

Arrêt, les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz et Estey (le juge en chef Laskin et les juges Pigeon et McIntyre sont dissidents): Le pourvoi est accueilli avec dépens et il est déclaré que les art. B.02.130 à B.02.135 du *Règlement sur les aliments et drogues* sont invalides et que l'art. 6 et l'al. 25(1)c) de la *Loi des aliments et drogues* sont *ultra vires* du Parlement en tant qu'ils se rapportent aux liqueurs de malt. Le juge Pratte: Le pourvoi est accueilli avec dépens et le jugement du juge de première instance est rétabli.

Les juges Martland, Dickson, Beetz et Estey: La vente de la «Labatt's Special Lite Beer», à moins que ce produit ne soit étiqueté simplement comme «bière», soit le nom usuel prescrit pour l'emploi d'un produit qui est conforme aux normes de la bière prescrites par le Règlement, enfreint l'art. 6 de la Loi, sans plus. En l'espèce, l'appelante, en adoptant le mot anglais «lite» (légère) forgé pour l'occasion et en le joignant au nom usuel «beer» (bière) pour créer un équivalent phonétique d'un autre aliment, savoir «light beer», dont le nom usuel prescrit est «light beer» (bière légère), a vendu comme bière légère un produit conforme non pas à l'art. B.02.134 (qui décrit la «bière légère») mais à l'art. B.02.130 (qui décrit la «bière»). L'expression anglaise «lite beer» doit être considérée, d'après l'usage courant moderne, comme synonyme de l'expression «light beer» (bière légère) et le produit de l'appelante qui a une teneur en alcool de 4 pour cent n'est pas conforme aux normes prescrites.

Pour statuer sur l'aspect constitutionnel, il faut répondre à la question suivante: sur quel fondement constitutionnel s'est appuyé le Parlement pour adopter les dispositions législatives contestées? Les sources possibles de ce pouvoir souverain comprennent le pouvoir fédéral accordé par l'art. 91 de l'*A.A.N.B.* sur le droit criminel, les échanges et le commerce, et la paix, l'ordre et le bon gouvernement.

Premièrement, il n'est pas fondé de dire que la réglementation détaillée de l'industrie de la bière quant à la production et à la vente de son produit, constitue un exercice approprié du pouvoir fédéral en matière criminelle. De même, la compétence du Parlement sur des matières se rapportant à la santé, en tant qu'aspect du droit criminel, n'est pas pertinente en l'espèce.

Deuxièmement, le chef des échanges et du commerce de l'art. 91 de l'*A.A.N.B.* ne peut s'appliquer pour réglementer un seul commerce même si ce dernier se fait à l'échelon national. En l'espèce, nous nous intéressons à l'autorité compétente pour réglementer les procédés de production d'une seule industrie et, dans une certaine mesure, la vente de ses produits, ce dernier aspect mettant surtout en cause l'utilisation d'étiquettes ou

regulations or provisions concerned with the control or regulation of the extra-provincial distribution of these products or their movement through any channels of trade. On the contrary, their main purpose is the regulation of the brewing process itself by means of a "legal recipe". Even if the *Food and Drugs Act* were to cover a substantial portion of Canadian economic activity, one industry or trade at a time, by a varying array of regulations or trade codes applicable to each individual sector, there would not, in the result, be at law a regulation of trade and commerce in the sweeping general sense contemplated in the *Citizens Insurance* case, (1881), 7 App. Cas. 96.

Thirdly the brewing and labelling of beer and light beer has not been said to have given rise either to a national emergency or a new problem not existing at the time of Confederation, nor to a matter of national concern transcending the local authorities' power to meet and solve it by legislation. Therefore there is no basis for advancing the proposition that the impugned statutory provisions and regulations as they relate to malt liquors find their basis in law in the peace, order and good government clause of s. 91.

Per Ritchie J.: The manner in which the appellant seeks to market its "Labatt's Special Lite" beer is not such as to make it likely that it will be mistaken for a food which complies with the standard prescribed by regulation B.02.134. The prominent display of the fact that the product contains 4 per cent alcohol by volume makes it unlikely for it to be mistaken for a "food" in which the alcohol by volume does not exceed 2.5 per cent. As to the constitutional question it should be answered in the manner indicated in the reasons of Estey J.

Per Pigeon and McIntyre JJ., dissenting: As to the first point, the conclusion of the Federal Court of Appeal is correct. The question is not whether it is possible to ascertain from the label the exact nature of the packaged product. The question is whether a mistake is likely and it appears that this enquiry must be approached in the same way as the likelihood of confusion in trade mark infringement or passing-off. It is a matter of first impression. The words "Special Lite" are clearly the dominant feature here. The indication of the alcoholic content is down on the bottom line with the mention of the contents in millilitres and fluid ounces.

l'identification du produit. Les articles contestés du Règlement établi en vertu de la Loi n'ont nullement trait au contrôle ou à la réglementation de la distribution extra-provinciale de ces produits ni à leur mouvement par courants d'échanges. Au contraire, ils visent principalement à réglementer le procédé de brassage lui-même au moyen d'une «recette légale». Même si la *Loi des aliments et drogues* devait s'appliquer à une partie importante de l'activité économique canadienne, à une industrie ou à une entreprise à la fois, par le biais d'un éventail de règlements ou de codes commerciaux applicables à chaque secteur en particulier, cela n'aboutirait pas en droit à une réglementation des échanges et du commerce au sens général où l'entend l'arrêt *Citizens Insurance*, (1881), 7 App. Cas. 96.

Troisièmement, on n'a pas allégué que le brassage et l'étiquetage de la bière et de la bière légère ont donné lieu à une situation d'urgence nationale ou à un nouveau problème qui n'existait pas à l'époque de la Confédération, ou à une question d'intérêt national transcendant le pouvoir des autorités locales d'y faire face par voie législative. Donc, il n'y a rien qui puisse appuyer la proposition que les articles de la Loi et du Règlement contestés dans la mesure où ils se rapportent aux liqueurs de malt, sont fondés en droit sur la clause de l'art. 91 relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement.

Le juge Ritchie: La manière dont l'appelante cherche à vendre sa bière «Labatt's Special Lite» fait que ce produit ne peut être confondu avec un aliment conforme à la norme prescrite par l'art. B.02.134 du Règlement. L'indication placée bien en vue du fait que le produit a une teneur en alcool de 4 pour cent rend peu probable la confusion de ce produit avec un «aliment» dont la teneur en alcool par volume n'est pas supérieure à 2.5 pour cent. Quant à la question constitutionnelle, on doit y répondre de la manière indiquée dans les motifs du juge Estey.

Les juges Pigeon et McIntyre, dissidents: Quant au premier point, la conclusion de la Cour d'appel fédérale est correcte. La question n'est pas de savoir si, d'après l'étiquette, il est possible de vérifier la nature exacte du produit emballé. Elle est de savoir s'il y a risque d'erreur et elle paraît devoir être abordée comme s'il s'agissait de savoir s'il y a risque de confusion dans une affaire de contrefaçon de marques ou de concurrence déloyale. C'est une question de première impression. Il est clair que les mots «Special Lite» sont la désignation principale du produit en cause. La teneur en alcool figure en dernière ligne au bas de l'étiquette avec le contenu en millilitres et en onces liquides.

The second question involves the difficult definition of the limits of federal power under the heading "The Regulation of Trade and Commerce". The present regulations and statute do not prevent the appellant from marketing its product. The federal enactments under attack provide for no more than what might be called "labelling regulations". These state what specifications must be met if some specific designations are used on food labels. This does not go beyond a proper concept of trade mark legislation as in the *Dominion Trade and Industry Commission Act, 1935* case, [1937] A.C. 405 and there is no invasion of provincial jurisdiction.

Per Laskin C.J., dissenting: The present *Food and Drugs Act* clearly addressed itself, by the regulation-making power conferred under s. 25, to standards of strength and quality as well as labelling. If Parliament can set up standards for required returns for statistical purposes, it should be able to fix standards that are common to all manufacturers of foods, including beer, at least to equalize competitive advantages in the carrying on of business concerned with such products. The operations of brewers of beer extend throughout Canada, and the federal trade and commerce power should not be attenuated any further by denying Parliament authority to address itself to uniform prescriptions for the manufacture of food, drugs, cosmetics, therapeutic devices in the way, in the case of beer, of standards for its production and distribution according to various alcoholic strengths under labels appropriate to the governing regulations.

[*Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 distinguished; *Russell v. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829; *The Reference as to the Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1 aff'd [1951] A.C. 179; *Dominion Stores v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 844, rev'g (1978), 18 O.R. (2d) 496, aff'g (1977), 17 O.R. (2d) 168; *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396; *Attorney General of Ontario v. Attorney General of Canada*, [1896] A.C. 348; *R. v. Eastern Terminal Elevator Co.*, [1925] S.C.R. 434; *Reference Re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198; *Attorney General of British Columbia v. Attorney General of Canada*, [1937] A.C. 377; *R. v. Klassen* (1959), 20 D.L.R. (2d) 406; *Carnation Company Ltd. v. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] S.C.R. 238; *Reference re Ontario Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198; *Caloil v. The Attorney General of Canada*, [1971] S.C.R. 543; *John Deere Plow Co. v.*

La seconde question porte sur les limites, difficiles à établir, de l'autorité fédérale en matière de «réglementation des échanges et du commerce». Le Règlement et la Loi en cause n'empêchent pas l'appelante de mettre son produit sur le marché. Les dispositions fédérales contestées ne prévoient pas autre chose que ce qu'on peut désigner comme un «règlement d'étiquetage». Celui-ci prescrit les normes auxquelles il faut satisfaire lorsque certaines désignations spécifiques sont utilisées sur des étiquettes d'aliments. Ce règlement relève de la compétence de la législation sur les marques de commerce, comme dans le renvoi sur la validité de la *Loi sur la Commission fédérale du commerce et de l'industrie, 1935*, [1937] A.C. 405, et il n'y a pas d'empiètement sur le domaine provincial.

Le juge en chef Laskin, dissident: La *Loi des aliments et drogues* actuelle vise de façon évidente l'établissement de normes de force et de qualité, ainsi que d'étiquetage, conformément au pouvoir de réglementation conféré par l'art. 25. Si le Parlement a le pouvoir d'établir des normes pour des relevés nécessaires à des fins statistiques, il devrait être capable d'établir des normes communes à tous les fabricants d'aliments, y compris la bière, ne serait-ce que pour égaliser les avantages concurrentiels dans l'exploitation d'entreprises qui fabriquent ce genre de produits. L'activité des brasseurs se fait à l'échelle nationale et le pouvoir fédéral en matière d'échanges et de commerce ne doit pas être diminué davantage en refusant au Parlement le pouvoir de prescrire des normes uniformes pour la fabrication d'aliments, de drogues, de cosmétiques, et d'instruments thérapeutiques par l'établissement, dans le cas de la bière, de normes de production et de distribution d'après différents teneurs en alcool sous des étiquettes conformes aux dispositions réglementaires applicables.

Jurisprudence: distinction faite avec l'arrêt *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Russell v. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829 (C.P.); *Renvoi relatif à la validité de l'al. a) de l'art. 5 de la Loi concernant l'industrie laitière*, [1949] R.C.S. 1 conf. par [1951] A.C. 179; *Les Supermarchés Dominion c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 844, infirmant (1978), 18 O.R. (2d) 496, confirmant (1977), 17 O.R. (2d) 168; *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396; *Attorney General of Ontario v. Attorney General of Canada*, [1896] A.C. 348; *R. c. Eastern Terminal Elevator Co.*, [1925] R.C.S. 434; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *Attorney General of British Columbia v. Attorney General of Canada*, [1937] A.C. 377; *R. v. Klassen* (1959), 20 D.L.R. (2d) 406; *Compagnie Carnation Ltée c. L'Office des marchés agricoles du Québec*, [1968] R.C.S. 238; *Renvoi relatif à The Farm Products Marketing Act (Ontario)*, [1957]

Wharton, [1915] A.C. 330; *Reference re the Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Re Insurance Act*, 1910 (1913), 48 S.C.R. 260; *MacDonald v. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134; *In Re The Board of Commerce Act* (1920), 60 S.C.R. 456, [1922] 1 A.C. 191; *Fort Frances Pulp and Paper Co. v. Manitoba Free Press*, [1923] A.C. 695; *Radio Reference*, [1932] A.C. 304; *Aeronautics Reference*, [1932] A.C. 54; *Attorney General of Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193; *Attorney General of Ontario v. Attorney General of Canada*, [1937] A.C. 405; *Schweppes Ltd. v. Gibbens* (1905), 22 R.P.C. 601; *J. Bollinger v. The Costa Brava Wine Co. Ltd.*, [1961] R.P.C. 116, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹ setting aside the judgment of the Trial Division². Appeal allowed, Laskin C.J. and Pigeon and McIntyre JJ. dissenting.

D. M. M. Goldie, Q.C., and *Donald J. M. Brown*, for the appellant.

W. J. A. Hobson, Q.C., and *J. M. Mabbutt*, for the respondent.

Henri Brun and *Jean-François Jobin*, for the intervenant.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—I agree with Mr. Justice Pigeon that the appeal should be dismissed with costs to the respondent. Like him I hold the view that Chief Justice Jaccottet of the Federal Court of Appeal was correct in his assessment of the application of s. 6 of the *Food and Drugs Act* to the appellant. The constitutional issue which Justice Pigeon resolved in favour of federal power, raises for me more extended considerations than those on which he was content to proceed and I wish to state my position briefly on what I regard as a highly important issue.

I do not think that the *Dominion Trade and Industry Commission*³ case is conclusive here. That was a case involving non-compulsory regula-

R.C.S. 198; *Caloil c. Le Procureur général du Canada*, [1971] R.C.S. 543; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Renvoi relatif à la Loi des assurances, 1910* (1913), 48 R.C.S. 260; *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134; *Renvoi relatif à la Loi de la Commission de commerce* (1920), 60 R.C.S. 456; [1922] 1 A.C. 191; *Fort Frances Pulp and Paper Co. v. Manitoba Free Press*, [1923] A.C. 695; *Renvoi relatif à la Radiocommunication*, [1932] A.C. 304; *Renvoi relatif à l'Aéronautique*, [1932] A.C. 54; *Attorney General of Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193; *Attorney General of Ontario v. Attorney General of Canada*, [1937] A.C. 405; *Schweppes Ltd. v. Gibbens* (1905), 22 R.P.C. 601; *J. Bollinger v. The Costa Brava Wine Co. Ltd.*, [1961] R.P.C. 116.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹ qui a infirmé le jugement de la Division de première instance². Pourvoi accueilli, le juge en chef Laskin et les juges Pigeon et McIntyre étant dissidents.

D. M. M. Goldie, c.r., et *Donald J. M. Brown*, pour l'appelante.

W. J. A. Hobson, c.r., et *J. M. Mabbutt*, pour l'intimé.

Henri Brun et *Jean-François Jobin*, pour l'intervenant.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—Je conviens avec le juge Pigeon que le pourvoi devrait être rejeté avec dépens en faveur de l'intimé. Comme lui, j'estime que le juge en chef Jaccottet de la Cour d'appel fédérale a fait une évaluation correcte de l'application de l'art. 6 de la *Loi des aliments et drogues* à l'appelante. La question constitutionnelle que le juge Pigeon a tranchée en faveur du pouvoir fédéral, soulève, quant à moi, des considérations plus larges que celles auxquelles il s'en est tenu. Je désire donc exposer brièvement ma position sur ce que je considère comme une question extrêmement importante.

Je ne suis pas d'avis que l'arrêt sur la validité de la *Loi sur la Commission fédérale du commerce et de l'industrie*³ soit concluant en l'espèce. Cette

¹ [1980] 1 F.C. 241; (1979), 26 N.R. 617.

² (1978), 84 D.L.R. (3d) 61.

³ [1937] A.C. 405, *sub. nom. Att. Gen. of Ontario v. Att. Gen. of Canada*.

¹ [1980] 1 C.F. 241; (1979), 26 N.R. 617.

² (1978), 84 D.L.R. (3d) 61.

³ [1937] A.C. 405, *sub. nom. Att. Gen. of Ontario v. Att. Gen. of Canada*.

tion whereas the *Food and Drugs Act* and the relevant Regulations thereunder operate compulsorily. I do not think that anything is added by reference to *Dominion Stores Limited v. The Queen*⁴ in which judgment was handed down by this Court on December 13, 1979. Insofar as it turned on dealing with local marketing it does not touch the present case. Even on the view of the dissenting Judges in the *Dominion Stores* case the matter is not advanced beyond what the *Dominion Trade and Industry Commission* case stands for. Part I of the *Canada Agricultural Products Standards Act*, R.S.C. 1970, c. A-8, is also an instance of non-compulsory regulation by requiring anyone who uses the standards fixed by regulation thereunder to observe the prescriptions attached to the particular standard. I did not understand that the majority in the *Dominion Stores* case took any position on the validity of Part I of the federal Act; rather that majority appeared to find it inapplicable in the face of provincial legislation, a view which I, and those who joined with me in dissent, did not share because it was our opinion that, on the record there was no issue raised as to the application of provincial legislation.

The matter therefore comes down to whether this Court views the federal trade and commerce power as a sufficient support for the legislation and Regulations which are attacked in the present case. I would hold that it does, and, in so doing I would adopt the statement in the *Parsons*⁵ case, at p. 113, which envisages competent federal legislation by way of "general regulation of trade affecting the whole Dominion".

It may be that the present case can be disposed of on the ground taken by my brother Pigeon that the regulations that are attacked amount to no more than labelling provisions. We are not concerned with a marketing situation, and hence this case is distinguishable from cases like the *Natural*

affaire mettait en cause une réglementation facultative alors que la *Loi des aliments et drogues* et le Règlement y afférent sont de nature obligatoire. Je ne crois pas que le renvoi à l'arrêt *Les Supermarchés Dominion Limitée c. La Reine*⁴, rendu par cette Cour le 13 décembre 1979, ajoute quoi que ce soit. Dans la mesure où cette affaire concerne la commercialisation locale, elle n'a pas de rapport avec la présente espèce. Même compte tenu de l'opinion des juges qui y sont dissidents, l'état de la question en est resté à ce qu'a énoncé l'arrêt *Dominion Trade and Industry Commission*. La Partie I de la *Loi sur les normes des produits agricoles du Canada*, S.R.C. 1970, chap. A-8, est également un cas de réglementation facultative, car elle impose à quiconque utilise les normes fixées par le règlement d'application d'observer les prescriptions rattachées à la norme particulière. Je n'ai pas l'impression que la majorité dans l'arrêt *Les Supermarchés Dominion* a pris position sur la validité de la Partie I de la loi fédérale; elle l'a plutôt jugée inapplicable vu la loi provinciale, une opinion que ni ceux de mes collègues qui ont souscrit à ma dissidence, ni moi-même ne partageons parce qu'à notre avis, le dossier ne soulevait aucune question relative à l'application de la loi provinciale.

La question se résume donc à savoir si le pouvoir fédéral en matière d'échanges et de commerce constitue un fondement suffisant aux articles de la Loi et du Règlement contestés en l'espèce. Je suis d'avis de répondre par l'affirmative et, ce faisant, d'adopter la déclaration de l'arrêt *Parsons*⁵, à la p. 113, qui envisage une législation fédérale valide par voie de [TRADUCTION] «réglementation générale des échanges s'appliquant à tout le Dominion».

Il est possible que la solution de la présente affaire se trouve dans le motif retenu par mon collègue le juge Pigeon, savoir que les dispositions réglementaires contestées ne sont rien de plus que des dispositions d'étiquetage. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas de commercialisation; on peut

⁴ [1980] 1 S.C.R. 844.

⁵ (1881), 7 App. Cas. 96, *sub. nom. Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons*.

⁴ [1980] 1 R.C.S. 844.

⁵ (1881), 7 App. Cas. 96, *sub. nom. Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons*.

*Products Marketing Act*⁶ case and *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board*⁷ or even the *Ontario Marketing*⁸ case decided by this Court in 1957. There are, however, other matters that must be brought into account, matters which I think are relevant to the recognition of the federal trade and commerce power as a fully independent source of authority when viewed against the catalogue of provincial powers, especially the power in relation to "property and civil rights in the Province" under s. 92(13) of the *British North America Act*.

First, a brief reference to the history of the legislation and regulations whose validity is impugned in this case. Section 6 of the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27, was enacted by 1952-53 (Can.), c. 38, s. 6. It reads as follows:

6. Where a standard has been prescribed for a food, no person shall label, package, sell or advertise any article in such a manner that it is likely to be mistaken for such food, unless the article complies with the prescribed standard.

The statute of 1952-53 (Can.), c. 38, was a complete revamping of the *Food and Drugs Act*, 1920 (Can.), c. 27, which applied only to food and drugs. The new Act was expanded to cover cosmetics and therapeutic devices, and sections to the same effect as s. 6 thereof (relating to foods) were enacted to require obedience to prescribed standards for drugs, cosmetics and devices in labelling, packaging, selling or advertising lest they otherwise be mistaken for such drugs, cosmetics or devices: see ss. 10, 17 and 20 of the present Act. Whereas the predecessor Act was limited to protection of the public against adulteration and misbranding, the new Act more clearly addressed itself, by the regulation-making power conferred under s. 25 upon the Governor-in-Council, to standards of strength and quality as well as labell-

⁶ [1937] A.C. 377, *sub. nom. Att. Gen. of B.C. v. Att. Gen. of Canada*.

⁷ [1938] A.C. 708.

⁸ [1957] S.C.R. 198, *sub. nom. Reference re Ontario Farm Products Marketing Act*.

donc distinguer cette affaire-ci d'autres affaires comme, par exemple, l'arrêt sur la *Loi sur l'organisation du marché des produits naturels*⁶, l'arrêt *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board*⁷ ou même l'arrêt de cette Cour *Ontario Marketing*⁸, en 1957. Il faut toutefois faire intervenir d'autres éléments qui, à mon avis, sont pertinents à la reconnaissance du pouvoir fédéral en matière d'échanges et de commerce en tant que source de compétence entièrement indépendante par rapport à la liste des pouvoirs provinciaux, plus particulièrement celui relatif à la «propriété et (aux) droits civils dans la province» prévu au par. 92(13) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

En premier lieu, un bref historique de la Loi et du Règlement dont la validité est contestée en l'espèce. L'article 6 de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, chap. F-27, a été édicté par l'art. 6 du chap. 38, 1952-53 (Can.):

6. Lorsqu'une norme a été prescrite pour un aliment, nul ne doit étiqueter, emballer, vendre ou annoncer un article de telle manière qu'il puisse être confondu avec cet autre aliment, à moins que l'article ne soit conforme à la norme prescrite.

La Loi de 1952-53 (Can.), chap. 38, est une réorganisation complète de la *Loi des aliments et drogues* de 1920 (Can.), chap. 27, qui ne s'appliquait qu'aux aliments et aux drogues. La portée de la nouvelle loi a été élargie afin d'inclure les cosmétiques et les instruments thérapeutiques, et des articles au même effet que l'art. 6 de ladite loi (qui se rapporte aux aliments) ont été adoptés afin d'assurer le respect des normes prescrites pour les drogues, les cosmétiques et les instruments, en matière d'étiquetage, d'emballage, de vente ou d'annonce de ces produits de manière à éviter toute confusion avec d'autres drogues, cosmétiques ou instruments: voir les art. 10, 17 et 20 de la loi actuelle. Alors que l'ancienne loi se limitait à la protection du public contre la falsification et les fausses marques, la nouvelle loi vise de façon plus

⁶ [1937] A.C. 377, *sub. nom. Att. Gen. of B.C. v. Att. Gen. of Canada*.

⁷ [1938] A.C. 708.

⁸ [1957] R.C.S. 198, *sub. nom. Renvoi relatif à The Farm Products Marketing Act (Ontario)*.

ing. Moreover, the new statute clarified any doubt that the violation of s. 6 would give rise to an offence.

There is no doubt that in its production and labelling of "lite" beer, the appellant did not conform to the standard strength prescribed for "light" beer under the regulations. (It is not contested that the spelling difference in the word used by the appellant and by the regulations does not affect the application of either s. 6 or of the regulations prescribing the limits of the alcoholic strength of that class of beer.) Its bottle label reflected its true strength which was beyond the limit fixed by the regulation. The question remains, therefore, whether, on the construction placed on s. 6 by Jackett C.J., which I accept, Parliament exceeded its legislative powers, both in the enactment of s. 6 and in authorizing prescription of standards of alcoholic strength.

In the *Board of Commerce*⁹ case, at p. 201, the Privy Council indicated that it might be open to Parliament "to call . . . for statistical and other information which may be valuable for guidance in questions affecting Canada as a whole. Such information may be required before any power to regulate trade and commerce can be properly exercised . . .". I do not press any perfect analogy to the prescription of common standards for an article of food which is produced throughout the country and which is also imported from abroad, but it does appear to me that if Parliament can set up standards for required returns for statistical purposes, it should be able to fix standards that are common to all manufacturers of foods, including beer, drugs, cosmetics and therapeutic devices, at least to equalize competitive advantages in the carrying on of businesses concerned with such products. I find some reinforcement in this view of the scope of the federal trade and commerce power in s. 121 of the *British North America Act* which precludes interprovincial tariffs, marking Canada

⁹ [1922] 1 A.C. 191.

évidente l'établissement de normes de force et de qualité, ainsi que d'étiquetage, conformément au pouvoir de réglementation conféré au gouverneur en conseil par l'art. 25. De plus, la nouvelle loi fait disparaître tout doute que la violation de l'art. 6 constitue une infraction.

Il ne fait aucun doute que dans la fabrication et l'étiquetage de la bière «lite», l'appelante ne s'est pas conformée à la norme de force prescrite pour la bière «light» (légère) par le Règlement. (On reconnaît que l'orthographe différente employée par l'appelante et le Règlement pour le même mot ne modifie en rien l'application de l'art. 6 ou de l'article du Règlement qui prescrit les limites de la teneur en alcool de cette catégorie de bière.) L'étiquette des bouteilles indique la teneur réelle en alcool qui est supérieure à la limite établie par le Règlement. Il reste donc à déterminer si, vu l'interprétation que le juge en chef Jackett a donnée à l'art. 6, interprétation que je fais mienne, le Parlement a outrepassé ses pouvoirs législatifs en adoptant l'art. 6 et en autorisant l'établissement de normes portant sur la teneur en alcool.

Dans l'arrêt *Commission de Commerce*⁹, à la p. 201, le Conseil privé a indiqué qu'il pourrait être de la compétence du Parlement [TRADUCTION] «de demander . . . des renseignements statistiques et autres susceptibles d'être utiles dans l'examen de questions intéressant le Canada tout entier. Il peut arriver que de tels renseignements soient nécessaires avant qu'un pouvoir de réglementation des échanges et du commerce puisse être dûment exercé . . .». Je ne dis pas que cela se compare en tous points à l'établissement de normes communes pour un article d'alimentation qui est produit à l'échelle nationale et qui est aussi importé, mais il me paraît évident que, si le Parlement a le pouvoir d'établir des normes pour des relevés nécessaires à des fins statistiques, il devrait être capable d'établir des normes communes à tous les fabricants d'aliments, y compris la bière, les drogues, les cosmétiques et les instruments thérapeutiques, ne serait-ce que pour égaliser les avantages concurrentiels dans l'exploitation d'entreprises qui fabriquent ce genre de produits. Cette façon de conce-

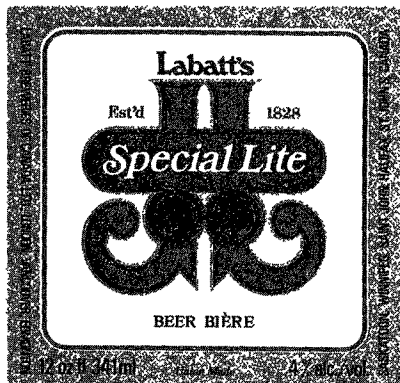
⁹ [1922] 1 A.C. 191.

as a whole as an economic union.

The operations of Labatt Breweries and of other brewers of beer extend throughout Canada, and I would not attenuate the federal trade and commerce power any further than has already been manifested in judicial decisions by denying Parliament authority to address itself to uniform prescriptions for the manufacture of food, drugs, cosmetics, therapeutic devices in the way, in the case of beer, of standards for its production and distribution according to various alcoholic strengths under labels appropriate to the governing regulations.

The judgment of Martland, Dickson, Beetz and Estey J.J. was delivered by

ESTEY J.—The appellant seeks a declaration that its product “Labatt’s Special Lite” as labelled, packaged and sold “is not likely to be mistaken for a ‘light beer’ within the standards set out . . .” in the regulations under the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27 (“the Act”). The relevant facts are few. The product in question is one of the malt liquors described in regulations promulgated under the Act and has an alcohol content of 4 per cent. This product was introduced to the market in the provinces of British Columbia and Ontario under this label:

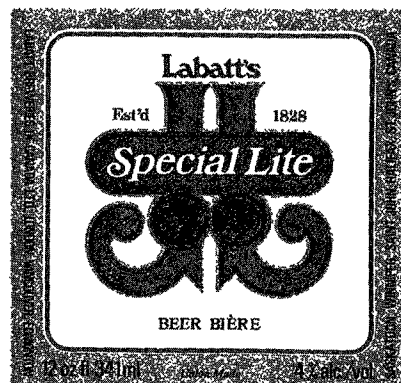


voir l'étendue du pouvoir fédéral en matière d'échanges et de commerce est, à mon avis, renforcée par l'art. 121 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* qui interdit l'établissement de tarifs interprovinciaux, faisant ainsi du Canada dans son ensemble une union économique.

L'activité des Brasseries Labatt et d'autres brasseurs se fait à l'échelle nationale et je ne voudrais pas diminuer le pouvoir fédéral en matière d'échanges et de commerce plus que ne le fait déjà la jurisprudence, en refusant au Parlement le pouvoir de prescrire des normes uniformes pour la fabrication d'aliments, de drogues, de cosmétiques et d'instruments thérapeutiques par l'établissement, dans le cas de la bière, de normes de production et de distribution d'après différents teneurs en alcool sous des étiquettes conformes aux dispositions réglementaires applicables.

Version française du jugement des juges Martland, Dickson, Beetz et Estey rendu par

LE JUGE ESTEY—L'appelante demande un jugement déclarant que vu la manière dont son produit, la «Labatt's Special Lite», a été étiqueté, emballé et vendu, il «ne peut pas être confondu avec de la «Light beer» (bière légère) selon la norme prescrite . . .» dans le Règlement d'application de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, chap. F-27 («la Loi»). Les faits pertinents sont peu nombreux. Le produit en cause fait partie des liqueurs de malt décrites dans le Règlement édicté en vertu de la Loi. Il a une teneur en alcool de 4 pour cent. Ce produit a été lancé sur le marché de la Colombie-Britannique et de l'Ontario sous l'étiquette suivante:



Two issues arise by reason of the marketing of this product under the label set out above. Firstly, the appellant takes the position that this product when so advertised is not likely to be mistaken for a light beer within the applicable regulation. This regulation, being s. B.02.134 of the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, was enacted pursuant to s. 25(1) of the Act to which I will return shortly. Section 6 of the Act states as follows:

Where a standard has been prescribed for a food, no person shall label, package, sell or advertise any article in such a manner that it is likely to be mistaken for such food, unless the article complies with the prescribed standard.

The second position taken by the appellant is that s. 6 of the Act and regulation B.02.134 are *ultra vires* the Parliament of Canada, and to the extent that it authorizes such regulation, s. 25 is likewise *ultra vires*.

I turn to the first position, namely whether or not the appellant's product is likely to be mistaken for the beverage "light beer". The relevant regulations on the first issue are B.02.130 and B.02.134.

B.02.130 [S]. Beer

- (a) shall be the product of the alcoholic fermentation of an infusion of barley malt and hops or hop extract in potable water and brewed in such a manner as to possess the aroma, taste and character commonly attributed to beer;
- (b) shall contain not less than 2.6% and not more than 5.5% alcohol by volume; and
- (c) may have added to it during the course of manufacture
 - (i) cereal grain,
 - (ii) carbohydrate matter,
 - (iii) salt,
 - (iv) yeast,
 - (v) hop oil,
 - (vi) hop extract, provided it is added to the wort before or during cooking,
 - (vii) irish moss seaweed of the species *Chondrus crispus*,
 - (viii) carbon dioxide,
 - (ix) caramel,
 - (x) dextrin,
 - (xi) food enzymes,

La commercialisation de ce produit sous cette étiquette soulève deux questions. Premièrement, l'appelante fait valoir que vu la manière dont ce produit est annoncé, il ne peut pas être confondu avec de la bière légère au sens de la disposition réglementaire applicable. Cette disposition, l'art. B.02.134 du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., chap. 870, a été adoptée en application du par. 25(1) de la Loi auquel je reviendrai sous peu. L'article 6 de la Loi se lit comme suit:

Lorsqu'une norme a été prescrite pour un aliment, nul ne doit étiqueter, emballer, vendre ou annoncer un article de telle manière qu'il puisse être confondu avec cet autre aliment, à moins que l'article ne soit conforme à la norme prescrite.

Deuxièmement, l'appelante fait valoir que l'art. 6 de la Loi et l'art. B.02.134 du Règlement sont *ultra vires* du Parlement du Canada de même que l'art. 25 dans la mesure où ce dernier autorise l'adoption de cette disposition réglementaire.

Je passe à la première question, savoir si le produit de l'appelante peut être confondu avec de la «bière légère». Les articles pertinents du Règlement sont les art. B.02.130 et B.02.134.

B.02.130 [N]. La bière

- a) doit être le produit de la fermentation alcoolique d'une infusion de malt d'orge et de houblon ou d'extrait de houblon dans de l'eau potable, brassée de telle manière qu'elle possède l'arôme, le goût et les caractéristiques communément attribués à la bière;
- b) doit renfermer au moins 2.6 pour cent et au plus 5.5 pour cent d'alcool par volume, et
- c) peut, en cours de fabrication, être additionnée des substances suivantes:
 - (i) grains de céréales,
 - (ii) matières glucidiques,
 - (iii) sel,
 - (iv) levure,
 - (v) essence de houblon,
 - (vi) extrait de houblon, à condition qu'il soit ajouté au moût avant ou pendant la cuisson,
 - (vii) mousse d'Irlande (*Chondrus crispus*),
 - (viii) anhydride carbonique,
 - (ix) caramel,
 - (x) dextrine,
 - (xi) enzymes alimentaires,

| | | | |
|---------|---|---------|---|
| (xii) | stabilizing agents, | (xii) | agents stabilisants, |
| (xiii) | gibberellic acid, | (xiii) | acide gibberelique, |
| (xiv) | pH adjusting and water correcting agents | (xiv) | rajusteurs de pH et agents correcteurs de l'eau, |
| (xv) | class I Preservatives, | (xv) | agents de conservation de la catégorie I, |
| (xvi) | class II Preservatives, | (xvi) | agents de conservation de la catégorie II, |
| (xvii) | sequestering agent, | (xvii) | agents séquestrants, |
| (xviii) | yeast foods, | (xviii) | nourriture des levures, |
| (xix) | any of the following filtering and clarifying agents: acacia gum, activated carbon, asbestos, bentonite, calcium silicate, magnesium silicate, aluminum silicate, cellulose, China clay, Nylon 66, diatomaceous earth, gelatin, silica gel, polyvinylpyrrolidone, wood shavings derived from oak, beech, hazelnut or cherry wood. | (xix) | n'importe lequel des agents de filtration et de clarification suivants: gomme arabique, charbon actif, amiante, bentonite, silicate de calcium, silicate de magnésium, silicate d'aluminium, cellulose, kaolin, nylon 66, terre d'infusoires, gélatine, gel de silice, polyvinylpyrrolidone, copeaux de chêne, de hêtre, de noisetier ou de cerisier, |
| (xx) | polyvinylpyrrolidone, and | (xx) | polyvinylpyrrolidone, et |
| (xxi) | ammonium persulphate. | (xxi) | persulfate d'ammoniaque. |

B.02.134 [S]. Light Beer

- (a) shall be the product of the alcoholic fermentation of an infusion of barley malt and hops or hop extract in potable water and brewed in such a manner as to possess the aroma, taste and character commonly attributed to light beer;
- (b) shall contain not less than 1.2% and not more than 2.5% alcohol by volume; and
- (c) may have added to it the ingredients mentioned in paragraph (c) of section B.02.130.

It will be seen that the product has an alcoholic content as specified for "Beer" and is marketed under a label "Special Lite Beer" in which the letter grouping "lite" is phonetically identical with the category "light beer" in the regulation. It should be noted that the presence of the letter [S] in the headings of the regulations B.02.130 and B.02.134 is explained in regulation B.01.002.

B.01.002. Each section in this Part in which the symbol [S] appears between the section number and the name of the food described in that section prescribes the standard of composition, strength, potency, purity, quality or other property of that food and a section in which the symbol does not appear does not prescribe a standard for a food.

B.02.134 [N]. La bière légère

- a) doit être le produit de la fermentation alcoolique d'une infusion de malt d'orge et de houblon ou d'extrait de houblon dans de l'eau potable, brassée de telle manière qu'elle possède l'arôme, le goût et les caractéristiques communément attribués à la bière légère;
- b) doit renfermer au moins 1.2 pour cent et au plus 2.5 pour cent d'alcool par volume; et
- c) peut, en cours de fabrication être additionnée des substances mentionnées à l'alinéa B.02.130c).

On constate que le produit a une teneur en alcool d'un degré spécifié pour la «bière» et est vendu sous l'étiquette «Special Lite Beer», où le mot anglais «lite» sonne phonétiquement comme «light» dans l'expression «light beer» (bière légère), une catégorie du Règlement. Il convient de souligner que la lettre [N] qui figure dans les rubriques des articles B.02.130 et B.02.134 est expliquée à l'article B.01.002 du Règlement:

B.01.002. Tout article de la présente partie où le symbole [N] apparaît entre le numéro de l'article et le nom de l'aliment décrit dans cet article, prescrit la norme de composition, de force, d'activité, de pureté, de qualité ou de toute autre propriété de cet aliment, et tout article où ce symbole n'apparaît pas ne prescrit pas de norme pour un aliment.

The learned trial judge, in finding that the appellant has not violated the aforementioned regulations by the sale of this product in the manner described, stated:

There is no evidence before me describing, explaining or illustrating the aroma, taste and character commonly attributed to light beer. There is no evidence indicating the average, fair and reasonable Canadian would know what those particular attributes are. To my mind the hypothetically postulated Canadian would, as a prospective purchaser of the plaintiff's product, consider it to be a beverage less heavy or not as heavy as other beer products, or likely of somewhat less alcoholic content than other beer products, or both.

In the case before me, the average fair and reasonable Canadian purchaser would, in my view, quickly become aware and appreciate (from the labelling, packaging and advertising) that the plaintiff's product contained 4% alcohol by volume and not some undisclosed, or difficult to perceive, content. It is said on behalf of the defendant that even in clear terms disclosing an alcohol content well above the maximum for light beer does not remove the plaintiff from the prohibition of s. 6 of the statute; that the other standard—"the aroma, taste, and character commonly attributed to light beer"—is equally applicable and important. But, as I have noted, there is no evidence to assist me in arriving at what that particular standard, or what the regulation's phrase, light beer, conveys to the average, fair and reasonable Canadian.

On the evidence before me, it is my conclusion the plaintiff's Special Lite beverage ("food") has not been labelled, packaged or advertised in such a manner that it is likely to be mistaken for the beverage "light beer" ("food").

((1978), 84 D.L.R. (3d) 61, at pp. 66-67)

The Federal Court of Appeal came to the opposite result by determining that the regulations promulgated under the Act did (assuming their validity) prescribe a standard for light beer and accordingly, the Chief Justice, speaking on behalf of the Court, concluded:

In my view, therefore, it follows from the findings of the learned trial judge

- (a) that the respondent was "labelling, packaging and advertising a beer using the descriptive adjective "light," and

Le savant juge de première instance qui a conclu que l'appelante n'avait pas enfreint les articles susmentionnés en vendant ce produit de la manière décrite, s'est exprimé en ces termes:

La preuve produite ne comporte aucune description, explication ou illustration de l'arôme, du goût et des caractéristiques communément attribués à la bière légère. La preuve n'établit pas que le Canadien moyen, honnête et raisonnable connaît ces attributs-là. A mon avis, le Canadien type, en qualité d'acheteur éventuel du produit de la demanderesse, le considérerait comme une boisson moins lourde ou pas aussi lourde que d'autres bières ou comme une bière à plus faible teneur en alcool.

En l'espèce, l'acheteur canadien moyen, honnête et raisonnable se rendrait vite compte (en raison de l'étiquetage, de l'emballage et de la publicité) que le produit de la demanderesse a une teneur en alcool de 4% en volume et non pas une teneur en alcool inconnue ou difficile à préciser. Selon l'avocat du défendeur, le fait pour la demanderesse de révéler en termes précis une teneur en alcool nettement supérieure à la teneur maximum de la bière légère ne la soustrait pas à l'interdiction prévue à l'article 6 de la Loi. L'autre norme («l'arôme, le goût et les caractéristiques communément attribués à la bière légère») s'applique également et est aussi importante. Mais, je le répète, la preuve ne me permet pas de dire ce que le Canadien moyen, honnête et raisonnable sait de cette norme-là ou du sens donné au terme bière légère dans le Règlement.

Je conclus de la preuve que la boisson Special Lite («aliment») de la demanderesse n'a pas été étiquetée, emballée ou annoncée de telle manière qu'elle pût être confondue avec la boisson dite «bière légère» («aliment»).

((1978), 84 D.L.R. (3d) 61, aux pp. 66 et 67)

La Cour d'appel fédérale est parvenue à la conclusion contraire; elle a jugé que les articles du Règlement promulgués conformément à la Loi prescrivent, de fait, (en présumant leur validité) une norme pour la bière légère, et le juge en chef, qui a rendu jugement au nom de la Cour, s'est donc exprimé en ces termes:

Par conséquent, il découle, selon moi, des conclusions du savant juge de première instance portant

- a) que l'intimée a «étiqueté, emballé et annoncé une bière décrite comme étant «légère», et

(b) that that beer had an alcohol content of 4% that the respondent was infringing section 6, . . .

((1979), 26 N.R. 617, at p. 624, [1980] 1 F.C. at pp. 248-49)

The regulations found in Part B ("Foods"), of the *Food and Drug Regulations, supra*, prescribe that the name of a food printed in bold face in the regulations, or a name prescribed by a regulation, is a "common name" to be used with reference to such food. The regulations then specify that such common name "shall be shown on the principal display panel". In the case of light beer, those words become the prescribed common name of the product ("food" being defined in the statute as including "any article manufactured, sold or represented for use as food or drink for man, . . .") by reason of regulation B.01.002. Similarly, the word "beer" is prescribed as the common name for the product produced pursuant to regulation B.02.130, *supra*.

It is clear therefore that standards have been prescribed for beer and light beer. It is also clear that those words have been arrogated by the statute for employment as common names with reference to those two food products. It is, with the greatest respect to those who hold a view to the contrary, thus abundantly clear that the sale of Labatt's Special Lite Beer, unless labelled simply as "beer", being the common name prescribed for use with reference to a product which conforms to the standards of beer as prescribed in the regulations, is a violation of s. 6 of the statute, without more. Here the appellant, by the adoption of the coined word "lite" and by associating it with the common name "beer" to produce a phonetic equivalent to another food, "light beer", whose prescribed common name is "light beer" has sold as a light beer a product which conforms not with regulation B.02.134 but which conforms with B.02.130. The question to be answered is, of course, not the precise question answered by the judgment of the Federal Court of Appeal, namely that an infringement of s. 6 occurred, but rather whether the plaintiff is entitled to a declaration as sought in the statement of claim. In my view, the

b) que la teneur en alcool de cette bière était de 4%, que l'intimée a violé l'article 6, . . .

((1979) 26 N.R. 617, à la p. 624, [1980] 1 C.F. aux pp. 248 et 249)

Les articles de la Partie B («Aliments») du *Règlement sur les aliments et drogues*, précité, disposent que le nom d'un aliment imprimé en caractères gras dans le Règlement ou qu'un nom prescrit par un autre règlement est le «nom usuel» à utiliser pour cet aliment. Le Règlement précise ensuite que ce nom usuel «doit figurer sur l'espace principal». Dans le cas de la bière légère, ces mots deviennent, en vertu de l'art. B.01.002, le nom usuel prescrit du produit (le mot «aliment» au sens de la Loi comprenant «tout article manufacturé, vendu ou représenté comme pouvant servir de nourriture ou de breuvage à l'homme, . . .»). De même, le mot «bière» est le nom usuel du produit fabriqué conformément à l'art. B.02.130 précité.

Par conséquent, il est clair que des normes ont été prescrites pour la bière et la bière légère. Il est également clair que la Loi s'est appropriée ces mots pour en faire les noms usuels des deux aliments auxquels ils se rapportent. Avec égards envers les tenants d'une opinion contraire, il est parfaitement clair que la vente de la «Labatt's Special Lite Beer», à moins que ce produit ne soit étiqueté simplement comme «bière», soit le nom usuel prescrit pour l'emploi d'un produit qui est conforme aux normes de la bière prescrites par le Règlement, enfreint l'art. 6 de la Loi, sans plus. En l'espèce, l'appelante, en adoptant le mot anglais «lite» (légère) forgé pour l'occasion et en le joignant au nom usuel «beer» (bière) pour créer un équivalent phonétique d'un autre aliment, savoir la «light beer», dont le nom usuel prescrit est «light beer» (bière légère), a vendu comme bière légère un produit conforme non pas à l'art. B.02.134 mais à l'art. B.02.130. Il va de soi que la question à examiner n'est pas la question précise à laquelle la Cour d'appel fédérale a répondu en concluant qu'il y avait eu violation de l'art. 6, mais celle de savoir si la demanderesse a droit au jugement déclaratoire qu'elle demande dans la déclaration. A mon

plaintiff is clearly not entitled either to the declaration with respect to regulation B.02.130 or to a declaration that the product is not "likely to be mistaken for a 'light beer' within the standard set out in paragraph B.02.134".

I do not find it necessary to go further and deal with the question as to whether the prescribed standards in the two regulations would indeed create an understanding in actual or potential purchasers of the product that the product was either a light beer or a beer. It is also unnecessary to consider whether the use of the word "special" as an additional adjective qualifying the word "beer" in some way comes to the aid of the appellant. The description "lite beer" must, in the ordinary usage of the language today, be synonymous with light beer, and the appellant's product, having an alcoholic content of 4 per cent, does not conform with the standards prescribed. The notice of 4 per cent on the label, in my respectful view, does not assist the appellant in establishing its entitlement to either declaration.

If it be necessary to find a violation of s. 6 by the actions of the appellant, I would adopt Chief Justice Jackett's interpretation of s. 6 when he states in the judgment below, *supra*, at p. 623:

... applied to the facts of this case, section 6 means, in effect,

"Where a standard has been prescribed for (light beer), no person shall label, package, sell or advertise any article in such a manner that it is likely to be mistaken for (light beer), unless the article complies with the prescribed standard."

Much argument was directed to the common understanding of the term "light beer" by the public. This discussion springs from the words employed in the two regulations quoted above in prescribing the specifications for both beer and light beer. It is said that the expression "light" with reference to beer is understood in Canada as being the same as in the United States where, according to the record, the term connotes that the beverage is low in carbohydrates of which alcohol

avis, il est clair que la demanderesse n'a ni le droit d'obtenir un jugement déclaratoire à l'égard de l'art. B.02.130 ni un jugement déclaratoire portant que le produit «ne peut être confondu avec de la «bière légère» selon la norme prescrite à l'article B.02.134».

J'estime inutile d'aller plus loin et d'étudier la question de savoir si les normes prescrites dans les deux articles du Règlement pourraient véritablement faire comprendre au consommateur réel ou éventuel du produit qu'il s'agit soit d'une bière légère soit d'une bière. Il est également inutile d'examiner si l'usage de l'adjectif anglais additionnel «special» qui qualifie le mot «beer» vient d'une certaine façon en aide à l'appelante. L'expression anglaise «lite beer» doit être considérée, d'après l'usage courant moderne, comme synonyme de l'expression «light beer» (bière légère); le produit de l'appelante qui a une teneur en alcool de 4 pour cent n'est pas conforme aux normes prescrites. A mon avis, la mention d'une teneur en alcool de 4 pour cent sur l'étiquette n'aide pas l'appelante à établir son droit à l'un ou l'autre des jugements déclaratoires.

S'il était nécessaire de conclure que l'appelante, par ses actes, a enfreint l'art. 6, je ferais mienne l'interprétation que le juge en chef Jackett a donnée à cet article dans l'arrêt de la Cour d'appel, précité, à la p. 623:

... Appliquée aux faits de l'espèce, elle [l'interprétation] donne à l'article 6 le sens suivant:

«Lorsqu'une norme a été prescrite pour (la bière légère), nul ne doit étiqueter, emballer, vendre ou annoncer un article de telle manière qu'il puisse être confondu avec (la bière légère), à moins que l'article ne soit conforme à la norme prescrite.»

Le sens que le public donne habituellement à l'expression «bière légère» a été longuement débattu. La discussion découle des termes employés dans les deux articles précités pour prescrire les normes applicables à la bière et à la bière légère. On fait valoir que l'adjectif «léger», lorsqu'il se rapporte à la bière, a le même sens au Canada qu'aux États-Unis, où, selon le dossier, ce terme signifie que le breuvage contient moins de glucides, catégorie à laquelle appartient notam-

is but one. It will be noted that each of the two classes of beer may include other carbohydrates in unspecified proportions. Hence it is said that 4 per cent alcohol might still indicate a light beer because the other carbohydrates may be reduced in proportion to the balance of the ingredients. In essence, the appellant asks the Court to find that it may produce and market a "malt liquor" with a name not prescribed as the common name for such a product when it contains 4 per cent alcohol, or alternatively, that the addition of adjectives in front of the word "beer" does not prevent the presence of the word "beer" operating as the assigned "common name" for such a product when it contains 4 per cent alcohol. The regulations are precise and nothing therein authorizes the addition of adjectives to the prescribed common name "beer" for the marketing to the public of this product. Similarly, in the case of light beer, the regulations do not authorize any perversion of the prescribed common name. The appellant, without saying so, argues that the right to add adjectives to the prescribed common name is inherent in the regulations. One of the added adjectives is "lite" which is a commonly used, phonetic spelling of "light," and is indeed a commonly used homophone in our language. In my view, the use of "light" in association with beer is essentially a use of a prescribed common name, and here such use is made of the common name with reference to a product which does not conform to the standards prescribed by the regulations for that product. Whether or not this use in turn offends s. 6 depends upon the proper interpretation of that section. Before turning to that section, however, it must be observed that if the use of adjectives in association with prescribed names is permissible, then the appellant may, at least as regards the regulations under discussion, employ such words as "root beer," "ginger beer," or "near beer" with reference to this product. Clearly the word "beer," when coupled with such qualifying words is not the prescribed name "beer" and would not be taken so by the public in considering the purchase of the product.

ment l'alcool. Il convient de noter que chacune des deux catégories de bière peut contenir d'autres glucides dans des proportions indéterminées. Ainsi on a allégué qu'avec une teneur en alcool de 4 pour cent, on peut encore avoir une bière légère parce qu'on a pu réduire la proportion des autres glucides par rapport au reste des ingrédients. L'appelante demande essentiellement à la Cour de lui reconnaître le droit de fabriquer et de commercialiser une «liqueur de malt» sous un nom qui n'est pas prescrit comme le nom usuel pour pareil produit quand sa teneur en alcool est de 4 pour cent ou, subsidiairement, de reconnaître que l'adjonction d'adjectifs devant le mot anglais «beer» n'empêche pas de considérer ce mot comme le «nom usuel» attribué à pareil produit quand sa teneur en alcool est de 4 pour cent. Les articles du Règlement sont clairs: ils n'autorisent aucunement l'adjonction d'adjectifs au nom usuel prescrit «bière» en vue de la commercialisation de ce produit. La situation est la même pour la bière légère: les articles n'autorisent aucunement la déformation du nom usuel prescrit. L'appelante, sans le dire, prétend que le droit d'ajouter des adjectifs au nom usuel prescrit est inhérent aux articles du Règlement. L'un de ces adjectifs est le mot anglais «lite» qui correspond à l'orthographe phonétique très répandue du mot «light». De fait, c'est un homophone d'usage courant en langue anglaise. A mon avis, l'usage du mot «légère» en rapport avec une bière est essentiellement celui d'un nom usuel prescrit; en l'espèce, le nom usuel est utilisé en rapport avec un produit qui n'est pas conforme aux normes prescrites pour ce produit par le Règlement. La question de savoir si cet usage enfreint à son tour l'art. 6 dépend de l'interprétation appropriée de cet article. Toutefois, avant de l'étudier, il convient de souligner que s'il est permis d'employer des adjectifs en rapport avec des noms usuels prescrits, alors il est loisible à l'appelante, du moins en ce qui concerne les articles en cause, d'utiliser en anglais des noms tels que «root beer» (soda racinette), «ginger beer» (soda gingembre) ou «near beer» (bière réduite) en rapport avec ce produit. Manifestement, lorsque le mot «beer» est ainsi qualifié, ce n'est plus le nom prescrit «beer» et le public ne considérerait pas ce produit comme tel au moment de l'achat.

The test established in s. 6, however, is “likely to be mistaken for such food” (in this case by definition in the statute, “light beer”). It is not necessary to go to the standards applied in other laws to apply this statutory test. The purchaser must be able to rely on the presence of the prescribed common name as indicating a product prepared in accordance with the specifications established under the Act. A purchaser must be able to do so without having to examine the container to ascertain the proportion of alcohol and other substances present in the product in order to determine which classification of malt liquors is being marketed under the label in question. The section certainly should not be construed so as to cause the purchaser to resolve an apparent conflict between the announced 4 per cent alcoholic content, and the phonetic equivalent of the prescribed common name “light beer” connoting as it does a lower alcoholic content. The presence of the additional adjective “special” does not assist the appellant in demonstrating that a mistake would not be “likely”.

I conclude that on the assumption that s. 6 and the applicable regulations cited above are valid, the appellant is not entitled to either declaration which it seeks in these proceedings.

I turn now to the constitutional issue. The appellant challenges the constitutional validity of s. 6 and s. 25(1)(c) of the *Food and Drugs Act* and the regulations promulgated thereunder with reference to the production and sale of beer. Before embarking on a discussion of the constitutional considerations, let us examine the form and thrust of the Act and its regulations.

Part I of the Act is entitled “Foods, Drugs, Cosmetics and Devices”. Under the heading “Food” we find four sections creating offences such as the sale of harmful substances, adulterated food and food unfit for human consumption and food manufactured under unsanitary conditions. There is a prohibition against the labelling, packaging, selling or advertising of food in any manner that is false and misleading or deceptive; and there

Toutefois, le critère établi à l’art. 6 est que l’article « . . . puisse être confondu avec cet autre aliment » (soit, aux termes de la définition de la législation, la «bière légère»). Il n’est pas nécessaire de se reporter aux normes prévues dans d’autres textes législatifs pour appliquer le présent critère. L’acheteur doit pouvoir se fier à la présence du nom usuel prescrit qui indique un produit fabriqué conformément aux normes établies en vertu de la Loi. Il doit pouvoir le faire sans être obligé d’examiner l’emballage pour vérifier la proportion d’alcool et d’autres substances contenues dans le produit et déterminer quelle catégorie de liqueurs de malt est commercialisée sous cette étiquette. L’article ne doit certainement pas être interprété de manière à faire résoudre par l’acheteur un conflit apparent entre la teneur en alcool annoncée de 4 pour cent et l’équivalent phonétique du nom usuel prescrit «bière légère» qui connote effectivement une teneur en alcool plus faible. La présence de l’adjectif additionnel «special» n’aide pas l’appelante à démontrer qu’il n’y a pas de possibilité de confusion.

Je conclus que si l’art. 6 et les articles applicables du Règlement précités sont valides, l’appelante n’a droit à aucun des jugements déclaratoires qu’elle demande en l’espèce.

Je passe maintenant à la question constitutionnelle. L’appelante attaque la constitutionnalité de l’art. 6 et de l’al. 25(1)c) de la *Loi des aliments et drogues* et des articles de son règlement d’application relatifs à la fabrication et à la vente de la bière. Avant d’entamer la discussion sur les considérations constitutionnelles, il convient d’examiner la forme et la portée de la Loi et de son règlement.

La Partie I de la Loi s’intitule «Aliments, drogues, cosmétiques et instruments». Les quatre articles regroupés sous la rubrique «Aliments» érigent en infraction la vente d’une substance délétère, d’un aliment falsifié, d’un aliment impropre à la consommation humaine et d’un aliment fabriqué dans des conditions non hygiéniques. L’étiquetage, l’emballage, la vente ou l’annonce d’un aliment de manière fausse, trompeuse ou mensongère sont

is a general provision applicable to the whole of Part I making it an offence to advertise food, drugs, cosmetics or devices to the general public as a treatment, preventative or cure for any disease. Then we come to s. 6 in the "Food" portion of Part I of the Act which has already been set out above and which was relevant to the first issue as well as to the constitutional question. For convenience, I repeat s. 6 which reads as follows:

Where a standard has been prescribed for a food, no person shall label, package, sell or advertise any article in such a manner that it is likely to be mistaken for such food, unless the article complies with the prescribed standard.

There then follow provisions with reference to drugs, cosmetics and devices. In each of these instances the statute prescribes a number of offences with reference to false labelling, manufacture under unsatisfactory conditions, sale of unsafe articles, and so on. Likewise in each segment under Part I we find a section comparable to s. 6, as for example s. 10 in the case of drugs. Part III of the Act deals with "Controlled Drugs" and establishes offences in connection with the trafficking in controlled drugs, possession of such drugs, and detailed provisions with reference to the prosecution of charges under the statute, search and seizure, etc. Under this Part, regulations may be promulgated by the Governor-in-Council with reference to the manufacture, sale, importation and other dealings with controlled drugs. Part IV deals in the same way with restricted drugs. In Part II of the statute, provision is made for the "administration and enforcement" of the Act, including the powers of inspectors, the power of forfeiture, the right to make analysis of substances. Section 25(1)(c) appears in this part and establishes the authority in the Governor-in-Council to pass regulations under the statute

... for carrying the purposes and provisions of this Act into effect, and, in particular, but not so as to restrict the generality of the foregoing ...

(c) prescribing standards of composition, strength, potency, purity, quality or other property of any article of food, drug, cosmetic or device;

interdits. En outre, en vertu d'une disposition générale qui s'applique à toute la Partie I, constitue une infraction le fait d'annoncer des aliments, des drogues, des cosmétiques ou des instruments au public comme étant un traitement, un préventif de quelque maladie ou comme devant les guérir. Enfin il y a l'art. 6 sous la rubrique «Aliments» de la Partie I de la Loi; cet article, déjà cité, est pertinent à la fois à la première question et à la question constitutionnelle. Par souci de commodité, je le reproduis de nouveau:

Lorsqu'une norme a été prescrite pour un aliment, nul ne doit étiqueter, emballer, vendre ou annoncer un article de telle manière qu'il puisse être confondu avec cet autre aliment, à moins que l'article ne soit conforme à la norme prescrite.

Viennent ensuite les dispositions concernant les drogues, les cosmétiques et les instruments. Dans chacun de ces cas, la Loi crée des infractions en cas de faux étiquetage, de fabrication dans des conditions non satisfaisantes, de vente d'articles dangereux, et ainsi de suite. De même, chacune des rubriques figurant sous la Partie I comporte un article semblable à l'art. 6 comme par exemple l'art. 10 dans le cas des drogues. La Partie III de la Loi traite des «Drogues contrôlées». Elle fait du trafic et de la possession de ces drogues des infractions et prévoit en détail la procédure applicable aux poursuites en cas d'accusations portées en vertu de la Loi, aux perquisitions et aux saisies, etc. Conformément à cette Partie, le gouverneur en conseil peut édicter des règlements pour la fabrication, la vente, l'importation et autre forme de négoce de drogues contrôlées. La Partie IV traite de la même manière des drogues d'usage restreint. Dans la Partie II de la Loi, «Administration et mise en application» sont prévues, ce qui comprend les pouvoirs des inspecteurs, le pouvoir de confiscation, le droit de faire analyser les substances. L'alinéa 25(1)(c) relève de cette Partie et consacre le pouvoir du gouverneur en conseil d'adopter des règlements conformément à la Loi

... pour l'exécution des objets et l'application effective des dispositions de la présente loi. En particulier, mais sans restreindre la généralité de ce qui précède, ...

(c) pour établir des normes de composition, de force, d'activité, de pureté, de qualité ou d'autres propriétés d'un article d'alimentation ou de droguerie, d'un cosmétique ou d'un instrument;

The regulatory authority under subs. (c) appears to extend to the four classes of goods or articles regulated under Part I which include "foods" with which we are here concerned.

Under the authority of s. 25(1)(c), there has been produced an elaborate set of regulations dealing with the preparation, manufacture and sale of the four articles or commodities dealt with in Part I of the Act. We are here concerned principally with Part B of the *Food and Drug Regulations*, *supra*. Various regulations in this Part prescribe standards for a food, its composition, strength, potency, purity, quality or other property, and where a standard is so prescribed, the regulations require that such food shall contain only the ingredients included in the standard for the food and in prescribed proportions. In Division 2 of Part B, provision is made for alcoholic beverages. The threshold qualification for an alcoholic beverage is set at "1.2% or more alcohol by volume", and s. B.02.003 requires the display of the alcoholic content by volume on what is referred to as the "principal display panel". The part of the regulations pertaining to alcoholic beverages with which this proceeding is concerned commences under the heading "Malt Liquors" with regulation B.02.130, already reproduced above, which prescribes the nature of "beer", its alcoholic content, and permitted additives. The other malt liquors described by these regulations are ale, stout, porter, light beer, and malt liquor. The only difference between these various malt liquors appears to be the alcoholic content, and "the aroma, taste and character commonly attributed to" them. As we have seen, the alcoholic content for beer shall be not less than 2.6 per cent and not more than 5.5 per cent by volume, and in the case of light beer shall be not less than 1.2 per cent and not more than 2.5 per cent alcohol by volume. It may be observed that s. 6 was introduced into the Act in 1953 and s. 25(1)(c) was expanded at the same time to its present form. Prior to that time, the statute was concerned with the adulteration of food, misbranding, the offering of food or drugs for sale as treatment for specified diseases, and the correct labelling of articles of food which were mixtures, imitations or substitutes. There were, however, regulations pertaining to malt liquors prior to the 1953 statute, defining

Le pouvoir de réglementation visé à l'al. c) s'applique aux quatre catégories de biens ou d'articles réglementés par la Partie I, notamment aux «aliments», soit le sujet en jeu en l'espèce.

Une série de dispositions réglementaires détaillées sur la préparation, la fabrication et la vente des quatre articles ou denrées visées à la Partie I de la Loi a été adoptée sous l'autorité de l'al. 25(1)c). En l'espèce, c'est principalement la Partie B du *Règlement sur les aliments et drogues*, précité, qui est en jeu. Cette partie comprend différents articles qui prescrivent les normes de composition, de force, d'activité, de pureté, de qualité ou d'autre propriété d'un aliment, et lorsqu'une norme est ainsi prescrite, le Règlement exige que cet aliment ne renferme que les ingrédients nommés dans la norme correspondante, dans les proportions prescrites. Le Titre 2 de la Partie B vise les breuvages alcooliques. La quantité d'alcool qu'un breuvage doit contenir pour être considéré comme breuvage alcoolique est fixée à «1.2 pour cent ou plus d'alcool par volume» et l'art. B.02.003 exige que la mention de la teneur d'alcool en volume soit indiquée sur ce qu'on appelle l'«espace principal». La partie du Règlement qui a trait aux breuvages alcooliques, à laquelle se rapporte le présent pourvoi, commence au titre «Liqueurs de malt» par l'art. B.02.130, déjà cité, qui prescrit la nature de la «bière», sa teneur en alcool et les additifs autorisés. Les autres liqueurs de malt décrites par ce Règlement sont l'ale, le stout, le porter, la bière légère et la liqueur de malt. La seule différence entre ces liqueurs de malt est leur teneur en alcool et «l'arôme, le goût et les caractéristiques [qui leur sont] communément attribués». Comme nous l'avons vu, la bière doit contenir au moins 2.6 pour cent et au plus 5.5 pour cent d'alcool par volume et la bière légère doit renfermer au moins 1.2 pour cent et au plus 2.5 pour cent d'alcool par volume. Il convient de souligner que l'art. 6 a été inséré dans la Loi en 1953 et que l'al. 25 (1)c) y a pris en même temps sa forme actuelle. Avant 1953, la Loi visait la falsification d'aliments, les fausses marques, l'offre d'aliments ou de drogues en vue de leur vente comme traitement de maladie spécifiée, et l'étiquetage régulier d'aliments découlant de mélange, d'imitation ou de succédané. Il existait toutefois antérieurement à la

beer and light beer as two of six classifications of malt liquors.

The statute and its implementing regulations thus construct a detailed code governing the manufacture of malt liquors, the labels or display panels on the article so produced, and the name under which the end product shall be sold. Regulation B.01.042 illustrates the detailed reach of this regulatory pattern.

B.01.042. Where a standard for a food is prescribed in this Part

- (a) the food shall contain only the ingredients included in the standard for the food;
- (b) each ingredient shall be incorporated in the food in a quantity within any limits prescribed for that ingredient; and
- (c) if the standard includes an ingredient to be used as a food additive for a specified purpose, that ingredient shall be a food additive set out in one of the Tables to section B.16.100 for use as an additive to that food for that purpose.

On the other hand, there are some regulations which deal in precise terms with the adulteration of all foods. These regulations include lists of substances prohibited in the production of food. No challenge is made with respect to these regulations.

What then is the constitutional basis for the enactment of the contested portions of this statute by Parliament? The possible origins of this sovereign power include the federal authority under s. 91 of the *British North America Act* in respect of criminal law, trade and commerce, and peace, order and good government. I turn first to the criminal jurisdiction.

The traditional root of discussions in this field is found in *Russell v. The Queen*¹⁰ where Sir Montague Smith said at p. 839:

Laws . . . designed for the promotion of public order, safety or morals and which subject those who contravene them to criminal procedure and punishment, belong to

¹⁰ (1882), 7 App. Cas. 829 (P.C.).

Loi de 1953 un règlement sur les liqueurs de malt aux termes duquel six catégories avaient été établies dont deux visaient la bière et la bière légère.

La Loi et son règlement d'application forment donc un code détaillé qui régit la fabrication des liqueurs de malt, les étiquettes ou les espaces indicatifs sur l'article ainsi fabriqué, et le nom sous lequel le produit fini doit être vendu. L'article B.01.042 illustre combien ce mode de réglementation va dans les détails.

B.01.042. Lorsque la présente partie prescrit une norme pour un aliment,

- a) l'aliment ne doit renfermer que les ingrédients nommés dans la norme pour cet aliment;
- b) chacun des ingrédients doit être incorporé dans les limites de quantités, s'il en est, fixées pour tel ingrédient; et
- c) l'ingrédient, si la norme comprend un ingrédient qui peut s'utiliser comme additif alimentaire à une fin particulière, doit être un additif alimentaire nommé à l'un des tableaux de l'article B.16.100 comme additif alimentaire utilisable dans cet aliment et à cette fin particulière.

Le Règlement contient en outre des articles qui traitent en termes précis de la falsification de tous les aliments. Ces articles renferment des listes de substances prohibées dans la fabrication d'aliments. Ils ne sont pas contestés.

Sur quel fondement constitutionnel s'est donc appuyé le Parlement pour adopter les dispositions législatives contestées? Les origines possibles de ce pouvoir souverain comprennent la compétence fédérale accordée par l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* sur le droit criminel, les échanges et le commerce, et la paix, l'ordre et le bon gouvernement. Je traiterai en premier lieu de la compétence en matière criminelle.

Le fondement traditionnel des discussions en cette matière se trouve dans *Russell v. The Queen*¹⁰ où sir Montague Smith a dit à la p. 839:

[TRADUCTION] Les lois . . . destinées à favoriser l'ordre, la sécurité et les bonnes mœurs publics, et rendant les contrevenants passibles de poursuites au criminel et de

¹⁰ (1882), 7 App. Cas. 829. (C.P.).

the subject of public wrongs rather than to that of civil rights . . . and have direct relation to the criminal law.

That there are limits to the extent of the criminal authority is obvious and these limits were pointed out by this Court in *The Reference as to the Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act (Margarine Reference)*¹¹, where Rand J. looked to the object of the statute to find whether or not it related to the traditional field of criminal law, namely public peace, order, security, health and morality. In that case, the Court found that the object of the statute was economic:

. . . to give trade protection to the dairy industry in the production and sale of butter; to benefit one group of persons as against competitors in business in which, in the absence of the legislation, the latter would be free to engage in the province. To forbid manufacture and sale for such an end is *prima facie* to deal directly with the civil rights of individuals in relation to particular trade within the provinces.

(*per* Rand J., at p. 50.)

The test is one of substance, not form, and excludes from the criminal jurisdiction legislative activity not having the prescribed characteristics of criminal law.

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.

(*per* Rand J., at p. 49.)

This approach to the federal authority in the field of criminal law was relied upon by this Court in *Dominion Stores v. The Queen*¹² (judgment rendered December 13, 1979). That there is an area of legitimate regulations in respect of trade practices contrary to the interest of the community such as misleading, false or deceptive advertising

peines, sont du domaine des méfaits publics plutôt que de celui des droits civils . . . et se rattachent directement au droit criminel.

Il est évident que le pouvoir en matière criminelle a des limites que cette Cour a soulignées dans le *Renvoi relatif à la validité de l'al. a) de l'art. 5 de la Loi concernant l'industrie laitière (Renvoi relatif à la margarine)*¹¹. Le juge Rand y a examiné l'objet de la loi afin de déterminer si elle se rattachait au domaine traditionnel du droit criminel, savoir la paix, l'ordre, la sécurité, la santé et les bonnes mœurs publics. Cette Cour a conclu que l'objet de la loi était de nature économique:

[TRADUCTION] . . . accorder une protection commerciale à l'industrie laitière en ce qui a trait à la fabrication et à la vente du beurre; favoriser un groupe de personnes au détriment de concurrents qui, en l'absence de législation, seraient libres d'exploiter leur entreprise dans la province. Interdire la fabrication et la vente de cette denrée à cette fin touche directement, de prime abord, les droits civils des particuliers relativement à un commerce précis à l'intérieur d'une province.

(le juge Rand, à la p. 50.)

Le critère en est un de fond, non de forme, et exclut de la compétence en matière criminelle toute activité législative qui ne satisfait pas aux caractéristiques prescrites du droit criminel.

[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.

(le juge Rand, à la p. 49.)

Dans l'arrêt *Les Supermarchés Dominion c. La Reine*¹², rendu le 13 décembre 1979, cette Cour s'est appuyée sur cette façon d'aborder le pouvoir fédéral dans le domaine du droit criminel. L'existence d'un secteur de réglementation légitime des pratiques commerciales contraires aux intérêts de la collectivité, tels que l'annonce et l'étiquetage

¹¹ [1949] S.C.R. 1, aff'd [1951] A.C. 179.

¹² [1980] 1 S.C.R. 844.

¹¹ [1949] R.C.S. 1, conf. par [1951] A.C. 179.

¹² [1980] 1 R.C.S. 844.

and misbranding, is not under debate. In the statute now before us, the question of mislabelling arises only after the category of 'light beer' is created and the specifications for its production are assigned. When all this has been ordained, the use of the words "Special Life" by the appellant may be said to be misleading to the beer buying public. The contest, however, is not in respect of this second stage, but rather the first stage, that is the right in the Federal Parliament and the Federal Government to establish the standards of production and content of this product. In any case, the first stage of the process does not come within the criminal law reach as traditionally described in the authorities. I can find no basis, therefore, for this detailed regulation of the brewing industry in the production and sale of its product as a proper exercise of the federal authority in criminal law.

The jurisdiction of Parliament in matters related to health similarly has no application here. Parliament may make laws in relation to health for the peace, order and good government of Canada: quarantine laws come to mind as one example. The Privy Council hinted that legislation enacted by Parliament to deal with an "epidemic of pestilence" would be valid in *Toronto Electric Commissioners v. Snider*¹³. But we are not concerned with such matters here. Where health is an aspect of criminal law, as in the case of adulteration provisions in the statute, the answer is clear but here not helpful. The appellant discussed succinctly in its submission to this Court another aspect of the "health" jurisdiction.

Furthermore the regulations under consideration do not on their face purport to be, nor can they be, connected or related to the protection of health since any such beverage regardless of its name having an alcoholic content by volume of not less than 1.2% and not more than 8.5% and otherwise brewed in accordance with the process common to all "Malt Liquors" is presumptively not a hazard to health.

¹³ [1925] A.C. 396.

trompeurs, faux ou mensongers, n'est pas en cause. Dans la Loi qui nous est soumise ici, la question du faux étiquetage ne se pose qu'une fois la catégorie «bière légère» créée et les normes concernant sa fabrication fixées. Ce n'est qu'une fois tout cela prescrit que l'on peut dire que l'usage des mots «Special Lite» par l'appelante peut être trompeur à l'égard des acheteurs de bière. La débat ne se situe toutefois pas à cette deuxième étape mais à la première, soit le droit du Parlement fédéral et du gouvernement fédéral d'établir les normes de fabrication et la teneur de ce produit. De toute façon, la première étape du processus ne relève pas du droit criminel selon la description traditionnelle de sa portée en jurisprudence. Par conséquent, je ne trouve pas fondé de dire que cette réglementation détaillée de l'industrie de la bière, quant à la production et à la vente de son produit, constitue un exercice approprié du pouvoir fédéral en matière criminelle.

De même, la compétence du Parlement sur des matières se rapportant à la santé n'est pas pertinente en l'espèce. Le Parlement peut faire des lois relatives à la santé en vue d'assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada: on peut penser, à titre d'exemple, aux lois en matière de quarantaine. Le Conseil privé a laissé entendre dans *Toronto Electric Commissioners v. Snider*¹³ qu'une loi adoptée par le Parlement relativement à une «épidémie de peste» serait valide. Mais ce n'est pas ce qui est en jeu en l'espèce. Lorsque la santé est un aspect du droit criminel, comme dans le cas des dispositions législatives portant sur la falsification, la réponse est claire, mais en l'espèce, elle n'est d'aucun secours. Dans ses plaidoiries devant cette Cour, l'appelante a exposé de façon succincte un autre aspect de la compétence en matière de «santé».

[TRADUCTION] De plus, les dispositions réglementaires visées ne sont pas à première vue réputées être, ni ne peuvent être, associées ou reliées à la protection de la santé puisque tout breuvage de ce genre, nonobstant son nom, qui a une teneur en alcool d'au moins 1.2 pour cent et d'au plus 8.5 pour cent par volume et qui est, d'autre part, brassé conformément au procédé commun à toutes les «liqueurs de malt», n'est pas censé constituer un risque pour la santé.

¹³ [1925] A.C. 396.

One cannot successfully ground the contested elements of this legislation in the field of the federal health power.

By s. 91(2) of the *British North America Act*, authority with reference to "the regulation of Trade and Commerce" was assigned without qualification or explanation to Parliament. Without judicial restraint in the interpretation of this provision, the provincial areas of jurisdiction would be seriously truncated. It is not surprising, therefore, to find the Privy Council stating within 15 years of Confederation:

The words "regulation of trade and commerce," in their unlimited sense are sufficiently wide, if uncontrolled by the context and other parts of the Act, to include every regulation of trade ranging from political arrangements in regard to trade with foreign governments, requiring the sanction of parliament, down to minute rules for regulating particular trades. But a consideration of the Act shews that the words were not used in this unlimited sense. In the first place the collocation of No. 2 with classes of subjects of national and general concern affords an indication that regulations relating to general trade and commerce were in the mind of the legislature, when conferring this power on the dominion parliament. If the words had been intended to have the full scope of which in their literal meaning they are susceptible, the specific mention of several of the other classes of subjects enumerated in sect. 91 would have been unnecessary; as, 15, banking; 17, weights and measures; 18, bills of exchange and promissory notes; 19, interest; and even 21, bankruptcy and involency.

per Sir Montague Smith at p. 112 in *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons*¹⁴. (Emphasis added.)

Thus it is clear that "minute rules for regulating particular trades" are not within the trade and commerce competence. The statute and regulation with which we are here concerned purport to establish such a detailed single industry regulatory pattern. The judgment of the Privy Council continues:

¹⁴ (1881), 7 App. Cas. 96.

On ne peut avec succès rattacher les éléments contestés de cette législation au domaine du pouvoir fédéral en matière de santé.

Le paragraphe 91(2) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* attribue au Parlement compétence en matière de «réglementation des échanges et du commerce» et ce, sans aucune restriction ni explication. A défaut d'une interprétation mesurée de cette disposition par les tribunaux, les champs de juridiction provinciale seraient sérieusement tronqués. Il n'est donc pas étonnant de voir que dans les 15 ans de la Confédération, le Conseil privé ait dit que:

[TRADUCTION] Les termes «réglementation des échanges et du commerce», pris dans leur sens le plus étendu, ont une ampleur suffisante en dehors du contexte et des autres parties de l'Acte pour englober chaque domaine de réglementation des échanges, depuis les ententes politiques sur les échanges, conclues avec les gouvernements étrangers et exigeant la sanction du Parlement, jusqu'aux règlements minutieux s'appliquant aux échanges particuliers. On constate toutefois, en examinant l'Acte, que ces termes n'ont pas été employés dans le sens le plus étendu. Tout d'abord, le rapprochement du paragraphe 2 avec les catégories de sujets d'un intérêt national et général indique que le législateur, en attribuant ce pouvoir au Parlement du Dominion, visait la réglementation des échanges et du commerce en général. S'il avait voulu que ces termes eussent toute la portée dont leur signification littérale est susceptible, il n'eût pas été nécessaire de mentionner plusieurs des autres catégories de sujets énumérés dans l'article 91 comme, par exemple: 15, les banques; 17, les poids et mesures; 18, les lettres de change et les billets à ordre; 19, l'intérêt de l'argent; et même 21, la faillite et l'insolvabilité.

Sir Montague Smith dans *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons*¹⁴, à la p. 112. (C'est moi qui souligne.)

Il est donc clair que les «règlements minutieux s'appliquant aux échanges particuliers» ne relèvent pas de la compétence sur les échanges et le commerce. La Loi et le Règlement qui nous sont soumis en l'espèce entendent établir un tel mode de réglementation détaillé applicable à une seule industrie. Le Conseil privé poursuit en ces termes:

¹⁴ (1881), 7 App. Cas. 96.

Construing therefore the words "regulation of trade and commerce" by the various aids to their interpretation above suggested, they would include political arrangements in regard to trade requiring the sanction of parliament, regulation of trade in matters of inter-provincial concern, and it may be that they would include general regulation of trade affecting the whole dominion. Their Lordships abstain on the present occasion from any attempt to define the limits of the authority of the dominion parliament in this direction. It is enough for the decision of the present case to say that, in their view, its authority to legislate for the regulation of trade and commerce does not comprehend the power to regulate by legislation the contracts of a particular business or trade, such as the business of fire insurance in a single province, and therefore that its legislative authority does not in the present case conflict or compete with the power over property and civil rights assigned to the legislature of Ontario by No. 13 of sect. 92.

per Sir Montague Smith, *id.*, at p. 113. (Emphasis added.)

Some confusion arose at this point in the constitutional history of this country when the Privy Council in the decision in *Russell v. The Queen*, *supra*, raised some doubt as to the basis of prohibition legislation by the Parliament of Canada. However, in *The Attorney General of Ontario v. The Attorney General of Canada*¹⁵, the matter was clarified when that Court determined that *Russell v. The Queen*, *supra*, did not base the federal prohibition legislation on the trade and commerce power.

Reverting to the *Parsons* case, *supra*, the trade and commerce head was there described as consisting of two branches. The first in the words of the judgment includes "political arrangements in regard to trade requiring the sanction of Parliament, regulation of trade in matters of interprovincial concern . . .". The second branch is said to " . . . include general regulation of trade affecting the whole Dominion." The first branch is illustrated in the succession of cases dealing with the marketing of natural products commencing with

¹⁵ [1896] A.C. 348.

[TRADUCTION] Par conséquent, si l'on interprète les mots «réglementation des échanges et du commerce» en s'aidant des divers moyens mentionnés plus haut, on voit qu'ils devraient inclure les arrangements politiques concernant les échanges qui requièrent la sanction du Parlement et la réglementation des échanges dans les matières d'intérêt interprovincial. Il se pourrait qu'ils comprennent la réglementation générale des échanges s'appliquant à tout le Dominion. Leurs Seigneuries s'abstiennent dans la présente circonstance de tenter d'établir les limites de l'autorité du Parlement du Dominion dans ce domaine. Pour juger la présente affaire, il suffit, d'après Elles, de dire que le pouvoir fédéral de légiférer pour réglementer les échanges et le commerce ne comprend pas le pouvoir de légiférer pour réglementer les contrats d'un échange ou d'un commerce en particulier, tel que les affaires d'assurance-incendie dans une seule province, et que, par conséquent, l'autorité législative du Parlement fédéral n'entre pas ici en conflit avec le pouvoir sur la propriété et les droits civils attribué par le paragraphe 13 de l'article 92 à la législation de l'Ontario.

Sir Montague Smith, *id.*, à la p. 113. (C'est moi qui souligne.)

Une certaine confusion s'est produite à ce stade de l'histoire constitutionnelle de notre pays lorsque le Conseil privé, dans l'arrêt *Russell v. The Queen*, précité, a jeté un doute sur le fondement de la loi sur la prohibition adoptée par le Parlement du Canada. Cette question a toutefois été éclaircie dans l'arrêt *The Attorney General of Ontario v. The Attorney General of Canada*,¹⁵ où le Conseil privé a établi que l'arrêt *Russell v. The Queen*, précité, ne fondait pas la loi fédérale visant la prohibition sur le pouvoir en matière d'échanges et de commerce.

Je reviens à l'arrêt *Parsons*, précité, qui distingue deux éléments dans la rubrique échanges et commerce. Le premier comprend, aux termes du jugement, [TRADUCTION] «les arrangements politiques concernant les échanges qui requièrent la sanction du Parlement et la réglementation des échanges dans les matières d'intérêt interprovincial . . .». Le second élément comprendrait [TRADUCTION] « . . . la réglementation générale des échanges s'appliquant à tout le Dominion». Le premier élément a fait l'objet d'une série d'arrêts

¹⁵ [1896] A.C. 348.

*R. v. Eastern Terminal Elevator Co.*¹⁶ and continuing to the recent egg marketing judgment in *Reference Re Agricultural Products Marketing Act*¹⁷. The *Eastern Terminal* judgment is of assistance here in that it sheds light on the limited scope of the federal power under the trade and commerce heading with respect to the regulation of individual trades or sections of industry. As Duff J., as he then was, therein stated at pp. 446-7:

... the Dominion possesses legislative powers ... to regulate this branch of external trade for the purpose of protecting it, by ensuring correctness in grading and freedom from adulteration, as well as providing for effective and reliable public guarantees as to quality. It does not follow that it is within the power of Parliament to accomplish this object by assuming, as this legislation does, the regulation in the provinces of particular occupations, as such, by a licensing system and otherwise, and of local works and undertakings, as such, however important and beneficial the ultimate purpose of the legislation may be.

There are two lurking fallacies in the argument advanced on behalf of the Crown; first, that, because in large part the grain trade is an export trade, you can regulate it locally in order to give effect to your policy in relation to the regulation of that part of it which is export. Obviously that is not a principle the application of which can be ruled by percentages. If it is operative when the export trade is seventy per cent of the whole, it must be equally operative when that percentage is only thirty; and such a principle in truth must postulate authority in the Dominion to assume the regulation of almost any trade in the country, provided it does so by setting up a scheme embracing the local, as well as the external and interprovincial trade; and regulation of trade, according to the conception of it which governs this legislation, includes the regulation in the provinces of the occupations of those engaged in the trade, and of the local establishments in which it is carried on. Precisely the same thing was attempted in the Insurance Act of 1910, unsuccessfully. The other fallacy is (the two are, perhaps, different forms of the same error) that the Dominion has such power because no single prov-

portant sur la commercialisation des produits naturels à commencer par *R. c. Eastern Terminal Elevator Co.*¹⁶ jusqu'au *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*¹⁷, un arrêt récent portant sur la commercialisation des œufs. L'arrêt *Eastern Terminal* est utile en l'espèce en ce qu'il jette de la lumière sur la portée limitée de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce relativement à la réglementation d'un commerce ou d'un secteur industriel particulier. Comme l'a affirmé le juge Duff, alors juge puîné, aux pp. 446 et 447:

[TRADUCTION] ... il est de la compétence législative du Dominion ... de réglementer cet aspect du commerce extérieur afin de le protéger, en s'assurant de l'exactitude du classement et de l'absence de falsification, et en fournissant des garanties publiques valables et sûres en ce qui concerne la qualité. Il ne s'ensuit pas que le Parlement a le pouvoir de réaliser cet objet en prenant sur lui, comme le fait cette loi, de réglementer dans les provinces des occupations particulières, comme telles, par un système de permis et autrement, et des ouvrages et entreprises d'une nature locale, comme tels, quel qu'avantageux et important que soit le but ultime de la législation.

L'argument présenté au nom de Sa Majesté cache deux erreurs: savoir, premièrement, que puisque le commerce du grain est en grande partie un commerce d'exportation, elle peut le réglementer localement de manière à donner effet à sa politique de réglementation de ce secteur commerciale qu'est l'exportation. Il est évident que ce n'est pas un principe dont l'application peut se mesurer en terme de pourcentage. Si le principe s'applique lorsque le commerce d'exportation représente soixante-dix pour cent de l'ensemble, il doit également s'appliquer lorsque ce pourcentage tombe à seulement trente pour cent; pareil principe doit en vérité postuler que le Dominion a le pouvoir nécessaire pour assumer la réglementation de presque tous les genres de commerce du pays, à la condition qu'il le fasse par la mise en œuvre d'un programme englobant tant le commerce local que le commerce extérieur et interprovincial. La réglementation du commerce selon l'idée directrice de cette législation comprend la réglementation dans les provinces des activités de personnes se livrant au commerce et des établissements locaux où on l'exerce. La Loi des assurances, 1910, a tenté exactement la même

¹⁶ [1925] S.C.R. 434.

¹⁷ [1978] 2 S.C.R. 1198.

¹⁶ [1925] R.C.S. 434.

¹⁷ [1978] 2 R.C.S. 1198.

ince, nor, indeed, all the provinces acting together, could put into effect such a sweeping scheme.

Other marketing statutes have suffered similar fates. The decisions in *The Attorney General of British Columbia v. The Attorney General of Canada (Natural Products Marketing)*¹⁸ and *The Margarine Reference, supra*, followed the principle of *Eastern Terminal Elevator, supra*, and in the latter case, the principles were extended to exclude the application of the trade and commerce head from the regulation of production of natural products. Commencing in the 1950's, the decisions relevant to the marketing of natural products developed a trend which recognizes a federal competence in marketing legislation, even if intraprovincial trade is incidentally affected, provided the principal purpose and main thrust of the legislation was the regulation of interprovincial or international trade. *R. v. Klassen*¹⁹, leave to appeal refused²⁰; *Carnation Company Ltd. v. Quebec Agricultural Marketing Board*²¹ at pp. 245 and 253 (which case dealt with the reciprocal situation, namely, intraprovincial marketing regulation incidentally affecting interprovincial marketing in the same field, and which followed the same reasoning in *Reference re Ontario Farm Products Marketing Act*²²). This approach was applied in the context of the distribution of oil in *Caloil v. The Attorney General of Canada*²³, wherein the Court applied this principle to the regulation of the importation of oil even to the point of the regulation of the flow of the commodity intraprovincially after its importation into the country.

The principles developed in the natural products marketing judgments only obliquely deal with the

chose, mais sans succès. La seconde erreur (les deux sont peut-être des formes de la même) consiste à affirmer que le Dominion a ce pouvoir parce que ni une seule province ni, d'ailleurs, toutes les provinces réunies ne pourraient mettre en vigueur un programme d'une telle envergure.

D'autres lois sur la commercialisation ont subi un sort identique. L'arrêt *The Attorney General of British Columbia v. The Attorney General of Canada (Organisation du marché des produits naturels)*¹⁸ et le *Renvoi relatif à la margarine, précité*, ont suivi le principe établi dans *Eastern Terminal Elevator, précité*. Dans la dernière affaire, les principes ont été élargis afin d'exclure l'application de la rubrique échanges et commerce de la réglementation visant la production des produits naturels. A partir de 1950, les décisions en matière de commercialisation des produits naturels se sont orientées vers la reconnaissance d'une compétence législative fédérale en cette matière, même si le commerce intra-provincial s'en trouvait indirectement touché, lorsque la fin et la portée principales de la législation étaient la réglementation du commerce interprovincial ou international. Voir *R. v. Klassen*¹⁹, requête pour autorisation d'appeler rejetée²⁰; *Compagnie Carnation Ltée c. L'Office des marchés agricoles du Québec*²¹, aux pp. 245 et 253 (cette affaire traitait de la situation inverse, savoir la réglementation d'un commerce intra-provincial touchant indirectement le commerce interprovincial dans le même domaine; on y a suivi le raisonnement adopté dans le *Renvoi relatif à The Farm Products Marketing Act (Ontario)*²²). Cette façon de voir a été appliquée dans le contexte de la distribution du pétrole dans *Caloil c. Le Procureur général du Canada*²³, où la Cour a appliqué ce principe non seulement à la réglementation de l'importation du pétrole mais également à la réglementation du mouvement du produit dans les limites d'une province après son importation au pays.

Les principes élaborés dans les arrêts sur la commercialisation des produits naturels ne traitent

¹⁸ [1937] A.C. 377.

¹⁹ (1959), 20 D.L.R. (2d) 406 (C.A. Man.).

²⁰ [1959] S.C.R. ix.

²¹ [1968] S.C.R. 238.

²² [1957] S.C.R. 198.

²³ [1971] S.C.R. 543.

¹⁸ [1937] A.C. 377.

¹⁹ (1959), 20 D.L.R. (2d) 406. (C.A. Man.).

²⁰ [1959] R.C.S. ix.

²¹ [1968] R.C.S. 238.

²² [1957] R.C.S. 198.

²³ [1971] R.C.S. 543.

second branch of the *Parsons* description of trade and commerce, *supra*, and hence are not of direct application here. The impugned regulations in and under the *Food and Drugs Act* are not concerned with the control and guidance of the flow of articles of commerce through the distribution channels, but rather with the production and local sale of the specified products of the brewing industry. There is no demonstration by the proponent of these isolated provisions in the *Food and Drugs Act* and its regulations of any interprovincial aspect of this industry. The labels in the record reveal that the appellant produces these beverages in all provinces but Quebec and Prince Edward Island. From the nature of the beverage, it is apparent, without demonstration, that transportation to distant markets would be expensive, and hence the local nature of the production operation. This distinction between the flow of commerce, and production and local sale, if I may say so with respect, is pointedly made by Pigeon J. in *Reference Re Agricultural Products Marketing Act*²⁴, at p. 1293:

In my view, the control of production, whether agricultural or industrial, is *prima facie* a local matter, a matter of provincial jurisdiction. Egg farms, if I may use this expression to designate the kind of factories in which feed is converted into eggs and fowl, are local undertakings subject to provincial jurisdiction under section 92(10) *B.N.A. Act* . . .

and at p. 1296

“Marketing” does not include production and, therefore, provincial control of production is *prima facie* valid.

The first successful attempt to breathe life into the second branch of the *Parsons* trade and commerce description, *supra*, is found in *John Deere Plow Co. v. Wharton*²⁵. The provincial legislature had attempted to establish regulation in a limited sense of federally incorporated companies within the provincial boundaries. The Court determined

²⁴ [1978] 2 S.C.R. 1198.

²⁵ [1915] A.C. 330.

qu’indirectement du second élément de la description des échanges et du commerce faite dans l’arrêt *Parsons*. précité, et, en conséquence n’ont pas d’application directe en l’espèce. Les articles de la *Loi des aliments et drogues* et ceux du règlement d’application qui sont contestés, ne visent pas la réglementation et le contrôle du mouvement des articles de commerce dans les réseaux de distribution, mais plutôt la production et la vente locale de produits déterminés de l’industrie de la bière. Le défenseur de ces dispositions isolées de la *Loi des aliments et drogues* et du Règlement y afférent n’a pas établi d’aspect interprovincial pour cette industrie. Les étiquettes produites au dossier révèlent que l’appelante fabrique ces boissons dans toutes les provinces à l’exception du Québec et de l’Île-du-Prince-Édouard. Vu leur nature, il est évident, sans besoin de le démontrer, que le transport vers des points de vente éloignés serait dispendieux d’où la nature locale de la production. Cette distinction entre le mouvement commercial et la production et la vente locale est, soit dit avec égards, mise en relief par le juge Pigeon dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l’organisation du marché des produits agricoles*²⁴, à la p. 1293:

A mon avis, le contrôle de la production, agricole ou industrielle, constitue de prime abord une question locale, de compétence provinciale. Les exploitations avicoles, si je puis utiliser cette expression pour désigner ce genre d’usine où des aliments sont transformés en volailles et en œufs, constituent des entreprises locales assujetties à la compétence provinciale en vertu de l’art. 92(10) de l’*A.A.N.B.* . . .

et à la p. 1296:

. . . la commercialisation ne comprend pas la production et, en conséquence, la réglementation provinciale de la production est de prime abord valide.

Dans l’arrêt *John Deere Plow Co. v. Wharton*²⁵, on trouve la première tentative réussie pour donner du souffle au second élément de la description des échanges et du commerce faite dans *Parsons*, précité. Le législateur provincial avait tenté de réglementer de façon limitée les compagnies constituées au fédéral et établies dans les limites de la pro-

²⁴ [1978] 2 R.C.S. 1198.

²⁵ [1915] A.C. 330.

that such provincial action was *ultra vires* as being an invasion of the power of Parliament to regulate the exercise by federal companies of their powers throughout the Dominion. This subject should not be left without adding that the Court there found the constitutional basis for legislation authorizing the establishment of federal incorporations in the peace, order and good government clause while the regulation of their activities fell into the trade and commerce category. Viscount Haldane, speaking in the *Wharton* case, *supra*, stated at p. 340:

... the power to regulate trade and commerce at all events enables the Parliament of Canada to prescribe to what extent the powers of companies the objects of which extend to the entire Dominion should be exercisable, and what limitations should be placed on such powers. For if it be established that the Dominion Parliament can create such companies, then it becomes a question of general interest throughout the Dominion in what fashion they should be permitted to trade. (Emphasis Added.)

To this date this is still the test in determining whether the second branch of the trade and commerce power applies; *vide* Laskin C.J. in *Reference re the Anti-Inflation Act*²⁶, at p. 426.

What clearly is not of general national concern is the regulation of a single trade or industry. *Vide In Re Insurance Act, 1910*²⁷, at pp. 308-9; *Eastern Terminal Elevator Co., supra*.

The section of the Act before the Court in *In Re Insurance Act 1910* provided:

3. The provisions of this Act shall not apply—

...

(b) to any company incorporated by an Act of the legislature of the late province of Canada, or by an Act of the legislature of any province now forming part of Canada, which carries on the business of insurance wholly within the limits of

²⁶ [1976] 2 S.C.R. 373.

²⁷ (1913), 48 S.C.R. 260.

vince. La Cour a jugé que ce geste était *ultra vires* car il empiétait sur le pouvoir du Parlement de réglementer l'exercice des pouvoirs des compagnies fédérales dans tout le Dominion. On ne doit pas clore ce sujet sans ajouter que la Cour y a jugé que le fondement constitutionnel de la législation autorisant la création de compagnies fédérales se trouve dans la clause relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement alors que la réglementation de leurs activités relève de la catégorie des échanges et du commerce. Le vicomte Haldane s'est exprimé en ces termes dans l'arrêt *Wharton*, précité, à la p. 340:

[TRADUCTION] ... le pouvoir de réglementer les échanges et le commerce permet en tout cas au Parlement du Canada de prescrire dans quelles mesures les compagnies dont les objets s'étendent à tout le Dominion peuvent exercer leurs pouvoirs et les restrictions qui les assortissent. Car si l'on reconnaît que le Parlement du Dominion peut créer pareilles compagnies, alors, le mode d'exercice de leur activité commerciale devient une question d'intérêt général pour tout le Dominion. (C'est moi qui souligne.)

A ce jour, c'est toujours le critère utilisé pour déterminer si le second élément de la compétence en matière d'échanges et de commerce s'applique; voir le juge en chef Laskin dans le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*²⁶, à la p. 426.

Il est clair toutefois que la réglementation d'un seul commerce ou d'une seule industrie n'est pas une question d'intérêt national général. Voir le *Renvoi relatif à la Loi des assurances, 1910*²⁷, aux pp. 308 et 309; *Eastern Terminal Elevator Co., précité*.

La disposition législative en cause devant cette Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi des assurances, 1910* prévoyait ce qui suit:

3. Les dispositions de la présente loi ne s'appliquent pas—

...

b) aux compagnies constituées par des lois de la législature de la ci-devant province du Canada, ou de la législature d'une province faisant maintenant partie du Canada, qui ne se livrent à des opérations d'assurances que dans les limites de la

²⁶ [1976] 2 R.C.S. 373.

²⁷ (1913), 48 R.C.S. 260.

the province by the legislature of which it was incorporated, and which is within the exclusive control of the legislature of such province;

Nevertheless the statute was struck down as an attempt to regulate a trade within a particular province whether or not the trade was also carried on in all the provinces. The businesses before the Court were national concerns operating in several provinces under a statute which exempted from its application wholly intraprovincial businesses. Thus it is clear that neither national ownership of a trade or undertaking or even national advertising of its products will alone suffice to authorize the imposition of federal trade and commerce regulation.

In more modern times, this Court in *MacDonald v. Vapor Canada Ltd.*²⁸ struck down that part of the *Trade Marks Act* of Canada purporting to create a cause of action in connection with "any business practice contrary to honest industrial or commercial usage in Canada". Unrestricted geographic play of the provision was not sufficient to find legislative authority under the trade and commerce heading. *Vide* Chief Justice Laskin at pp. 156 and 159.

The *Wharton* judgment, *supra*, came in for examination in *In Re The Board of Commerce Act*²⁹ where Duff J., as he then was, stated at p. 500:

... the regulation in question in *Wharton's Case*, was not a regulation relating to any particular kind of trade or business, but a regulation touching the trading powers of all dominion companies engaged in any kind of business and applying to all such companies alike and thus at least potentially affecting Dominion trade and commerce in general through one of its most important instrumentalities.

This is of major importance in the disposition of the appeal now before us. As we have seen, the trade and commerce head cannot be applied to the regulation of a single trade, even though it be on a

province dont la législature les a constituées, et qui relèvent exclusivement de cette dernière;

Néanmoins, la loi a été invalidée parce qu'elle tentait de réglementer un commerce dans les limites d'une province en particulier, que le commerce ait ou non été exercé dans toutes les provinces. Les entreprises devant la Cour étaient des entreprises nationales qui exerçaient leurs activités dans plusieurs provinces en vertu d'une loi qui exemptait de son application les entreprises entièrement intraprovinciales. Il ressort donc clairement que ni l'implantation nationale d'un commerce ou d'une entreprise ni même la publicité à l'échelon national de ses produits ne peuvent justifier à elles seules l'imposition d'une réglementation fédérale des échanges et du commerce.

Plus récemment, cette Cour dans *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*²⁸ a jugé invalide la disposition de la *Loi sur les marques de commerce* du Canada qui entendait faire naître un droit d'action relativement à «une . . . méthode d'affaire contraire aux honnêtes usages industriels ou commerciaux ayant cours au Canada». L'absence de limites géographiques de la disposition ne permettait pas de conclure à la compétence législative en matière d'échanges et de commerce. Voir le juge en chef Laskin aux pp. 156 et 159.

Dans le *Renvoi relatif à la Loi de la Commission de commerce*²⁹, le juge Duff, alors juge puîné, a étudié l'arrêt *Wharton*, précité, en ces termes (p. 500):

[TRADUCTION] . . . le règlement en cause dans l'affaire *Wharton* n'avait pas trait à un commerce ou à une entreprise en particulier; il portait plutôt sur les pouvoirs commerciaux de toutes les compagnies à charte fédérale quel que soit leur type d'entreprise, et s'appliquait à toutes sans distinction de sorte qu'il pouvait, du moins potentiellement, avoir un effet sur le commerce et les échanges du Dominion en général par le biais d'un de leurs instruments les plus importants.

Ceci est d'une importance majeure pour l'issue du présent pourvoi. Comme nous l'avons déjà vu, le chef des échanges et du commerce ne peut s'appliquer pour réglementer un seul commerce,

²⁸ [1977] 2 S.C.R. 134.

²⁹ (1920), 60 S.C.R. 456.

²⁸ [1977] 2 R.C.S. 134.

²⁹ (1920), 60 R.C.S. 456.

national basis, and in the *Board of Commerce* disposition, *supra*, the invocation of the trade and commerce head of federal jurisdiction is forbidden in the regulation of elements of commerce such as contracts, in an individual trade or concern even though the control was imposed in a series of separate regulatory codes each purporting to regulate a separate trade or industry. This very point appears in the judgment of Duff J., as he then was, at pp. 503-4:

... if such legislation could not be supported when the subject dealt with is a single commodity, or the trade in a single commodity, or a single group of commodities, how can jurisdiction be acquired so to legislate by extending the scope of the legislation and bringing a large number of specified trades or commodities within its sweep? Every consideration which can be invoked in support of the view that the authority to regulate by general regulations of uniform application the contracts of a trade in one commodity does not fall within [the commerce clause], can properly be brought to bear with I think increased force in impeaching legislation of the character now in question.

It will be noted that in our Court the judgments were divided three and three and that the Privy Council in its judgment substantially approves of the position taken by Duff J. in this Court.

In the result, the trade and commerce power has been rescued from near oblivion following the *Citizens Insurance* case, *supra*, by the extension or development of the *obiter* or afterthought of Sir Montague Smith in that case. The application of the power to this stage in our constitutional development finds illustration firstly in general regulation of an element of trade such as the regulation of federal incorporations. With respect to legislation relating to the support, control or regulation of the various levels or components in the marketing cycle of natural products, the provincial authority is *prima facie* qualified to legislate with reference to production (*vide* Pigeon J. in the *Reference Re Agricultural Products Marketing Act*, *supra*, at p. 1296), and the federal Parliament with reference to marketing in the international and interprovincial levels of trade. In between, the success or failure of the legislator depends upon

même si ce dernier se fait à l'échelon national et l'arrêt *Commission de commerce*, précité, interdit le recours à ce chef de compétence fédérale lorsqu'il s'agit de réglementer des éléments du commerce, tels les contrats, dans une activité ou une entreprise donnée même si le contrôle a été imposé par une série de règlements distincts dont chacun vise la réglementation d'un commerce ou d'une industrie distinct. Le juge Duff, alors juge puîné, a mentionné ce point aux pp. 503 et 504:

[TRADUCTION] ... si pareille législation ne peut être justifiée lorsqu'elle a trait à un seul produit, ou au commerce d'un seul produit ou à un seul groupe de produits, comment la compétence peut-elle s'acquérir pour légiférer de façon à élargir la portée de la législation en y incluant un grand nombre de commerces ou de produits précis? A mon avis, toutes les considérations que l'on peut invoquer pour étayer l'argument que le pouvoir de réglementer les contrats régissant le commerce d'un produit donné, par le biais de règlements généraux d'application uniforme, ne relève pas de l'autorité [de la clause en matière de commerce], peuvent à bon droit s'appliquer avec une force accrue pour invalider une loi de la nature de celle en cause ici.

Il est à noter que notre Cour, formée de six juges, s'est divisée également sur l'issue du pourvoi et que, dans ses motifs, le Conseil privé a approuvé de façon substantielle à la position prise par le juge Duff en cette Cour.

En définitive, la compétence en matière d'échanges et de commerce a été sauvée du quasi-oubli qui a suivi l'arrêt *Citizens Insurance*, précité, par l'élargissement de l'*obiter* ou de la réflexion après coup de sir Montague Smith. L'application de la compétence à ce stade de notre histoire constitutionnelle est en premier lieu illustrée par la réglementation générale d'un élément du domaine commercial, savoir la constitution des compagnies fédérales. En ce qui concerne la législation sur le soutien, le contrôle ou la réglementation des différents paliers ou constituants du cycle de commercialisation des produits naturels, le provincial est de prime abord habilité à légiférer sur la production (voir le juge Pigeon dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, précité, à la p. 1296) et le fédéral, à légiférer sur la commercialisation au niveau international et interprovincial. Entre les deux, le

whether the pith and substance or primary objective of the statute or regulation is related to the heads of power of the legislative authority in question. Incidental effect on the other legislative sphere will no longer necessarily doom the statute to failure. Several indicia of the proper tests have evolved. For example, if contractual rights within the province are the object of the proposed regulation, the province has the authority. On the other hand, if regulation of the flow in extraprovincial channels of trade is the object, then the federal statute will be valid. Between these spectrum ends, the shadings cannot be foretold in anything approaching a constitutional formula. The majority of the illustrated tests thus far encountered are largely in the distribution, and not the production, of farm products. Here, however, we are concerned with the proper regulatory authority in connection with the production process of a single industry and, to some extent, with the sale of its products, the latter being concerned largely with the use of labels or identification. Nowhere are the impugned statutory regulations or provisions concerned with the control or regulation of the extraprovincial distribution of these products or their movement through any channels of trade. On the contrary, their main purpose is the regulation of the brewing process itself by means of a "legal recipe", as counsel for the appellant put it. Indeed, if the industry is substantially local in character, as seems to be the case from the sparse record before the court (as noted above), the regulations are, in fact, confined to the regulation of a trade within a province.

In the end, the effort of the respondent here is simply to build into these regulations a validity essentially founded upon the embryonic definition of the application of the trade and commerce heading in the *Citizens Insurance* case, *supra*. That observation and the subsequent references thereto are all predicated upon the requirement that the purported trade and commerce legislation affected industry and commerce at large or in a sweeping, general sense. In the context of the *Food and Drugs Act*, it follows that even if this statute

succès ou l'échec du législateur est subordonné à la question de savoir si de par son caractère véritable ou son objectif premier, la loi ou le règlement se rattache aux chefs de compétence du pouvoir législatif en cause. Toute incidence sur l'autre sphère législative ne condamne plus nécessairement la loi à l'échec. Plusieurs indices quant aux critères à appliquer ont été élaborés. Par exemple, la province est compétente lorsque la réglementation proposée vise des droits contractuels dans les limites de la province. Par contre, la loi fédérale est valide si elle vise la réglementation des mouvements commerciaux dans les réseaux extra-provinciaux. Entre ces deux extrêmes, les zones grises sont telles qu'on ne peut prétendre énoncer une formule constitutionnelle. La majorité des critères énoncés jusqu'ici vise en grande partie la distribution et non la production de produits agricoles. En l'espèce, toutefois, nous nous intéressons à l'autorité compétente pour réglementer les procédés de production d'une seule industrie et, dans une certaine mesure, la vente de ses produits, ce dernier aspect mettant surtout en cause l'utilisation d'étiquettes ou l'identification du produit. Les articles contestés du Règlement établi en vertu de la Loi n'ont nullement trait au contrôle ou à la réglementation de la distribution extraprovinciale de ces produits ni à leur mouvement par courants d'échanges. Au contraire, ils visent principalement à réglementer le procédé de brassage lui-même au moyen d'une «recette légale», comme l'a dit l'avocat de l'appelante. D'ailleurs, si l'industrie revêt un caractère essentiellement local, comme il ressort apparemment du mince dossier produit devant la Cour (comme je l'ai déjà mentionné), les articles du Règlement se limitent de fait à réglementer un commerce dans les limites d'une province.

En fin de compte, l'effort déployé par l'intimé vise simplement à faire reconnaître à ces dispositions réglementaires une validité essentiellement fondée sur l'embryon de définition, que l'on trouve dans l'arrêt *Citizens Insurance*, précité, quant à l'application du chef sur les échanges et le commerce. Cette observation et les renvois ultérieurs dont elle a fait l'objet reposent entièrement sur l'exigence que la prétendue législation en matière d'échanges et de commerce ait trait à l'industrie et au commerce en général ou dans un sens général

were to cover a substantial portion of Canadian economic activity, one industry or trade at a time, by a varying array of regulations or trade codes applicable to each individual sector, there would not, in the result, be at law a regulation of trade and commerce in the sweeping general sense contemplated in the *Citizens Insurance* case, *supra*. That, in my view, is the heart and core of the problem confronting the respondent in this appeal. Thus the provisions regulating malt liquors relate either to a single industry or a sector thereof, while other regulations appear to concern themselves in a similar way with other individual industries; the former being condemned by the *Citizens Insurance* case, *supra*, and the latter does not rescue the malt liquor regulations by reason of the *Board of Commerce* case, *supra*.

I conclude, therefore, in this part, that the impugned sections as they relate to malt liquors cannot be founded in the trade and commerce head of jurisdiction.

There remains to be examined the peace, order and good government clause in s. 91 as the basis for these federal regulations. This subject has already been adverted to above in connection with the health aspect of this statute. The principal authorities dealing with the range of the federal jurisdiction under this heading are illustrated by:

(1) *Fort Frances Pulp and Paper Co. v. Manitoba Free Press*³⁰, basing the federal competence on the existence of a national emergency;

(2) The *Radio Reference*³¹ and the *Aeronautics Reference*³², wherein the federal competence arose because the subject matter did not exist at the time of Confederation and clearly cannot be put into the class of matters of merely local or private nature; and,

fondamental. Dans le contexte de la *Loi des aliments et drogues*, il s'ensuit que même si cette loi devait s'appliquer à une partie importante de l'activité économique canadienne, à une industrie ou à un commerce à la fois, par le biais d'un éventail de règlements ou de codes commerciaux applicables à chaque secteur en particulier, cela n'aboutirait pas en droit à une réglementation des échanges et du commerce au sens général global où l'entend l'arrêt *Citizens Insurance*, précité. C'est là, à mon avis, le cœur même du problème avec lequel l'intimé est aux prises en l'espèce. Ainsi, les dispositions qui réglementent les liqueurs de malt visent soit une seule industrie soit un secteur de cette industrie alors que d'autres dispositions semblent être rattachées de la même manière à d'autres industries en particulier; les premières sont interdites par l'arrêt *Citizens Insurance*, précité, et les dernières ne sauvent pas les dispositions réglementaires sur les liqueurs de malt vu l'arrêt *Commission de commerce*, précité.

Par conséquent, je conclus dans cette partie que les articles contestés quand ils se rapportent aux liqueurs de malt ne relèvent pas du chef de compétence relatif aux échanges et au commerce.

Il nous reste à étudier la clause de l'art. 91 relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement en tant que fondement des articles de ce règlement fédéral. On a déjà fait allusion à ce point lorsqu'il a été question de l'aspect santé de cette législation. Les principales décisions qui traitent de l'étendue de la compétence fédérale sous ce chef sont illustrées par:

(1) l'arrêt *Fort Frances Pulp and Paper Co. v. Manitoba Free Press*³⁰ qui fonde la compétence fédérale sur l'existence d'une situation d'urgence nationale;

(2) l'affaire de la *Radiocommunication*³¹ et celle de l'*Aéronautique*³² où la question de la compétence fédérale a été soulevée parce que la matière n'existait pas à l'époque de la Confédération et ne peut manifestement pas être placée dans la catégorie des sujets de nature purement locale ou privée; et

³⁰ [1923] A.C. 695.

³¹ [1932] A.C. 304.

³² [1932] A.C. 54.

³⁰ [1923] A.C. 695.

³¹ [1932] A.C. 304.

³² [1932] A.C. 54.

(3) Where the subject matter “goes beyond local or provincial concern or interest and must, from its inherent nature, be the concern of the Dominion as a whole.” *Attorney General of Ontario v. Canada Temperance Federation*³³ per Viscount Simon, at p. 205.

The brewing and labelling of beer and light beer has not been said to have given rise either to a national emergency or a new problem not existing at the time of Confederation, nor to a matter of national concern transcending the local authorities' power to meet and solve it by legislation. This latter concept is the subject of analysis and review by P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada, 1977* at pp. 259-261. That learned author concludes at p. 261:

These cases suggest that the most important element of national dimension or national concern is a need for one national law which cannot realistically be satisfied by cooperative provincial action because the failure of one province to cooperate would carry with it grave consequences for the residents of other provinces. A subject-matter of legislation which has this characteristic has the necessary national dimension or concern to justify invocation of the p.o.g.g. power.

I see no basis for advancing the proposition that the impugned statutory provisions and regulations as they relate to malt liquor find their basis in law in the peace, order and good government clause of s. 91.*

*It is interesting to note in passing the legislative action duly taken in this field by the provinces. The sale of alcoholic beverages in many provinces is a monopoly of the provincial government. The *Government Liquor Act*, R.S.B.C. 1960, c. 166, s. 2, for example, defines “liquor” as including “all ... intoxicating liquor[s] ... which contain more than one per centum of alcohol by weight,” while the *Liquor Control Act*, R.S.O. 1970, c. 249, s. 1(1) defines it as “any alcohol ... or ... any drink or drinkable liquid containing alcohol.” “Alcohol” is also defined in s. 1(1) but no minimum allowable percentage of alcohol is established. Section 8(2), however, enables the Liquor Control Board to exempt from the Act any product “that contains alcohol and that is not, in the opinion of the Board, what is commonly known as spirituous liquor, wine, Ontario wine, or beer.” Several other provinces have similar legislation.

³³ [1946] A.C. 193.

(3) l'arrêt *Attorney General of Ontario v. Canada Temperance Federation*³³ le vicomte Simon, à la p. 205, lorsque la matière «dépasse les préoccupations ou les intérêts locaux ou provinciaux et doit par sa nature même constituer une préoccupation pour le Dominion dans son ensemble».

On n'a pas allégué que le brassage et l'étiquetage de la bière et de la bière légère ont donné lieu à une situation d'urgence nationale ou à un nouveau problème qui n'existait pas à l'époque de la Confédération, ou à une question d'intérêt national transcendant le pouvoir des autorités locales d'y faire face par voie législative. Cette dernière thèse a été analysée par P.W. Hogg dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada, 1977* aux pp. 259 à 261. Le savant auteur conclut en ces termes à la p. 261:

[TRADUCTION] Ces décisions laissent à entendre que l'élément le plus important de la dimension nationale ou de l'intérêt national est le besoin d'une loi nationale, but qu'une action concertée des provinces ne peut atteindre de façon réaliste, car le défaut de coopération de l'une d'elles entraînerait des conséquences graves pour les habitants des autres provinces. Une matière législative qui a ce caractère possède la dimension nationale ou l'intérêt national nécessaires pour justifier le recours à la compétence relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement.

Je ne vois rien qui puisse appuyer la proposition que les articles de la Loi et du Règlement contestés, dans la mesure où ils se rapportent aux liqueurs de malt, sont fondés en droit sur la clause de l'art. 91 relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement.*

* Il est intéressant de souligner les mesures législatives dûment adoptées par les provinces dans ce domaine. Dans de nombreuses provinces, la vente de boissons alcooliques est un monopole du gouvernement provincial. La *Government Liquor Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 166, art. 2, par exemple, inclut dans la définition du terme «boisson alcoolique» [TRADUCTION] «toute ... boisson enivrante ... dont la teneur est supérieure à un pour cent en volume d'alcool». Le paragraphe 1(1) de *The Liquor Control Act* R.S.O. 1970, chap. 249, entend par ce terme [TRADUCTION] «tout alcool ... ou ... toute boisson ou liquide potable contenant de l'alcool». Il donne également une définition du terme «alcool» sans mentionner le pourcentage minimum permis. Toutefois, le par. 8(2) autorise la Régie des alcools à exclure de l'application de la Loi tout produit [TRADUCTION] «qui contient de l'alcool et qui ne correspond pas, de l'avis de la Régie, à ce que l'on désigne communément comme des spiritueux, du vin, du vin de l'Ontario ou de la bière». Plusieurs autres provinces ont une législation semblable.

³³ [1946] A.C. 193.

This Court in the *Dominion Stores* case, *supra*, was dealing with an attempt by the federal authority to regulate the flow of agricultural products in the province at the retail level of trade. In the proceedings now before the Court, at least one province (Quebec) claims the legislation in question to be an invasion of the provincial powers under s. 92(13) and (16). There can, in my view, with the greatest respect to those holding a contrary view, be no answer from the federal authority that the federal regulations in question are validated as trade mark legislation which, of course, finds its place under the trade and commerce power already dealt with. In *Dominion Stores*, *supra*, the majority judgment found no justification in the federal marketing scheme on the basis that the "voluntary" federal scheme created a trade mark or something analogous thereto, or that the retailer was bound as a licensee to conform to the federal Act, as was the case in *Attorney General of Ontario v. Attorney General of Canada*³⁴. Similarly, the arrogation here by Parliament of words from the language as "common names" to be used on a mandatory basis by anyone selling a malted liquor of any of the prescribed standards, creates no trade mark rights and obligations or rights and obligations analogous thereto. Neither is there any concern here for the presence or absence of a federal labelling power. Essentially, labelling is, where obligatory, for the purpose of preventing deception or the gaining by the vendor of unfair advantage over the purchaser in the marketplace. Here the food must be produced to certain standards and then sold with prescribed nomenclature. Ordinarily, in labelling legislation, the legislator prescribes no standards for the production or marketing of the article, but only requires the revelation of the contents and conditions of maintenance, etc. In my view, we are not here called upon to determine the presence or absence of any such federal labelling power.

For these reasons, I would therefore answer the following question in the negative:

³⁴ [1937] A.C. 405.

Dans l'affaire *Les Supermarchés Dominion*, précitée, cette Cour avait à étudier une tentative du fédéral de réglementer, au niveau du commerce de détail, le mouvement de produits agricoles à l'intérieur de la province. Dans les présentes procédures, au moins une province (le Québec) a fait valoir que la législation en question empiète sur les pouvoirs provinciaux prévus aux par. 92(13) et (16). J'estime, avec égards envers ceux qui partagent l'opinion contraire, que le fédéral ne peut répondre que les articles du Règlement fédéral en cause sont valides en tant que législation en matière de marques de commerce, qui, il va sans dire, trouve sa place dans la compétence en matière d'échanges et de commerce déjà étudiée. Dans l'arrêt *Les Supermarchés Dominion*, précité, cette Cour à la majorité a jugé que le régime fédéral de commercialisation ne pouvait être fondé sur le fait que ce régime «volontaire» créait une marque de commerce ou quelque chose d'analogue, ou que le détaillant était tenu, à titre de détenteur d'un permis, de respecter la loi fédérale, comme c'était le cas dans *Attorney General of Ontario v. Attorney General of Canada*³⁴. De même, en s'arrogeant des mots courants en tant que «noms usuels» à être utilisés obligatoirement par toute personne qui vend une liqueur de malt conforme à l'une quelconque des normes prescrites, le Parlement ne crée aucun droit et obligation relevant du domaine des marques de commerce ni aucun droit et obligation analogues. La présence ou l'absence d'un pouvoir fédéral en matière d'étiquetage n'est pas en cause en l'espèce. L'étiquetage, lorsqu'il est obligatoire, a essentiellement pour objet d'empêcher toute supercherie ou tout abus de la part du vendeur à l'égard du consommateur. En l'espèce, l'aliment doit être produit conformément à certaines normes et ensuite vendu selon la terminologie prescrite. Ordinairement, le législateur, en matière d'étiquetage, ne prescrit aucune norme de production ou de commercialisation de l'article, mais exige uniquement la divulgation du contenu et des conditions d'entretien, etc. J'estime, en l'espèce, que nous n'avons pas à nous prononcer sur la présence ou l'absence de pareil pouvoir fédéral en matière d'étiquetage.

Pour ces motifs, je suis d'avis de répondre par la négative à la question suivante:

³⁴ [1937] A.C. 405.

Is it within the competence of the Parliament of Canada to enact sections 6 and 25(1)(c) of the *Food and Drugs Act* R.S.C. 1970, c. F-27, and are regulations B.02-130 to B.02-135 inclusive thereunder validly made?

and I therefore would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal and the Order of the Trial Division of the Federal Court, and declare that sections B.02.130 to B.02.135 inclusive of the Food and Drug Regulations are invalid and that sections 6 and 25(1)(c) of the *Food and Drugs Act* are *ultra vires* Parliament in so far as they relate to malt liquors. The appellant is entitled to costs throughout but there shall be no costs to or against the intervenor.

The following are the reasons delivered by

RITCHIE J.—On December 15, 1977, the appellant, a Canadian company carrying on the business of brewing and marketing beer throughout Canada, began to produce a new brand of beer entitled “Labatt’s Special Lite”, and upon this product becoming available on the market in British Columbia it was seized by the inspectors acting under the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27 (hereinafter called the “Act”) on the ground that it violated sec. 6 of that Act. This was soon followed by a similar action being taken in the Province of Ontario. It was these seizures which gave rise to the present action which was commenced by the Statement of Claim dated the 21st of December, 1977, claiming *inter alia* for:

- (a) a declaration that Labatt’s Special Lite has been labelled, packaged, and sold as a ‘beer’ within the standard set out in paragraph B.02.130 of the Food and Drug Regulations;
- (b) a declaration that Labatt’s Special Lite as labelled, packaged, and sold and as would have been advertised is not likely to be mistaken for a ‘light beer’ within the standard set out in paragraph B.02.134 of the Food and Drug Regulations.

L’article 6 et l’al. 25(1)c) de la *Loi des aliments et drogues* S.R.C. 1970, chap. F-27, relèvent-ils de la compétence du Parlement du Canada et les articles B.02.130 à B.02.135 inclusivement du Règlement d’application sont-ils valides?

Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi, d’infirmier l’arrêt de la Cour d’appel fédérale et l’ordonnance de la Division de première instance de la Cour fédérale et de déclarer que les articles B.02.130 à B.02.135 inclusivement du Règlement sur les aliments et drogues sont invalides et que l’art. 6 et l’al. 25(1)c) de la *Loi des aliments et drogues* sont *ultra vires* du Parlement en tant qu’ils se rapportent aux liqueurs de malt. L’appelante a droit aux dépens dans toutes les cours, mais il n’y a pas d’adjudication de dépens en faveur ou contre l’intervenant.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE RITCHIE—Le 15 décembre 1977, l’appelante, une compagnie canadienne qui exploite une entreprise de brassage et de commercialisation de la bière dans tout le Canada, a commencé à produire une nouvelle marque de bière la «Labatt’s Special Lite». Dès sa mise en vente en Colombie-Britannique, ce produit a été saisi par les inspecteurs sous l’autorité de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, chap. F-27 (ci-après appelée la «Loi») au motif qu’il contrevenait à l’art. 6 de cette loi. Des mesures semblables ont peu après été prises en Ontario. La présente action découle de ces saisies. Elle a été introduite par une déclaration en date du 21 décembre 1977 aux termes de laquelle l’appelante demandait notamment:

- a) une déclaration selon laquelle la Labatt’s Special Lite a été étiquetée, emballée et vendue comme une «bière» selon la norme énoncée à l’art. B.02.130 du Règlement sur les aliments et drogues;
- b) une déclaration selon laquelle la Labatt’s Special Lite, de la manière dont elle est étiquetée, emballée et vendue et de la manière dont elle aurait été annoncée, ne peut pas être confondue avec de la «bière légère» selon la norme énoncée à l’art. B.02.134 du Règlement sur les aliments et drogues.

The defendant (respondent's) case was broadly stated in paragraph 6 of the Statement of Defence as follows:

6. In answer to the whole of the Statement of Claim the Defendant says and the facts are that on or about the 15th day of December, A.D. 1977 the Plaintiff commenced to sell and to advertise for sale an alcoholic beverage under the name 'Labatt's Special Lite', and that the said beverage was and is labeled, packaged, sold and advertised in such a manner that it is *likely to be mistaken for light beer, notwithstanding the fact that the said beverage does not comply with the standard prescribed for light beer by Regulation B.02.134 (S) of the regulations made pursuant to the provisions of the Food and Drugs Act R.S.C. 1970, c. F-27.* (The italics are my own.)

It appears to me that the question placed in issue by this plea is whether or not the beverage in question is likely to be mistaken for one that complies with the standard prescribed in regulation B.02.134 (S) although it in fact does not do so. As will hereafter appear, I am of opinion that the Act and the regulations made thereunder insofar as they deal with alcoholic beverages and particularly "beer" and "light beer" are directed to "prescribing of standards of composition, strength, potency, purity, quality or other property" of the article in question. It becomes clear from a consideration of s. 25(1) of the statute that such standards are prescribed under the authority of the Governor in Council. That section reads as follows:

25. (1) The Governor in Council may make regulations for carrying the purposes and provisions of this Act into effect, and, in particular, but not so as to restrict the generality of the foregoing, may make regulations ...

(b) respecting

(i) the labelling and packaging and the offering, exposing and advertising for sale of food, drugs, cosmetics and devices ...

to prevent the consumer or purchaser thereof from being deceived or misled as to its design, construction, performance, intended use, quantity, character, value, composition, merit or safety, or to prevent injury to the health of the consumer or purchaser.

(c) *prescribing standards of composition, strength, potency, purity, quality or other property of any article of food, drug, cosmetic or device; ...* (Italics are my own.)

Le paragraphe 6 de la défense fait état en termes larges de la prétention du défendeur (l'intimé):

[TRADUCTION] 6. En réponse à l'ensemble de la déclaration, le défendeur affirme, et ce sont les faits, que le 15 décembre 1977 ou vers cette date, la demanderesse a commencé à vendre et à annoncer en vue de la vente un breuvage alcoolique sous le nom de «Labatt's Special Lite», et que ce breuvage est étiqueté, emballé, vendu et annoncé de telle manière *qu'il puisse être confondu avec de la bière légère, indépendamment du fait que ce breuvage n'est pas conforme à la norme prescrite pour de la bière légère par l'article B.02.134 (N) du Règlement adopté en application des dispositions de la Loi des aliments et drogues S.R.C. 1970, chap. F-27.* (Les italiques sont de moi.)

A mon avis, la question posée par cette allégation est de savoir si le breuvage en cause peut être confondu avec un breuvage conforme à la norme que prescrit l'art. B.02.134 (N) du Règlement, bien qu'en fait il ne s'y conforme pas. Comme on le verra plus loin, je suis d'avis que la Loi et son règlement d'application, quand ils traitent de breuvage alcooliques, et plus précisément de la «bière» et de la «bière légère», visent à «établir des normes de composition, de force, d'activité, de pureté, de qualité ou d'autres propriétés» de l'article en cause. Il ressort clairement d'une analyse du par. 25(1) de la Loi que ces normes sont prescrites sous l'autorité du gouverneur en conseil. Ce paragraphe se lit comme suit:

25. (1) Le gouverneur en conseil peut établir des règlements pour l'exécution des objets et l'application effective des dispositions de la présente loi. En particulier, mais sans restreindre la généralité de ce qui précède, il peut établir des règlements ...

b) concernant

(i) l'étiquetage et l'emballage et la présentation, l'exposition et l'annonce en vente d'aliments, de drogues, de cosmétiques et d'instruments, ...

afin d'empêcher que le consommateur ou l'acheteur d'un article ne soit déçu ou trompé sur sa quantité, sa nature, sa valeur, sa composition, ses avantages ou sa sûreté, ou de prévenir quelque dommage à la santé du consommateur ou acheteur;

c) *pour établir des normes de composition, de force, d'activité, de pureté, de qualité ou d'autres propriétés d'un article d'alimentation ou de droguerie, d'un cosmétique ou d'un instrument; ...* (Les italiques sont de moi.)

Regulation B.01.002 provides that:

Each section . . . for which the symbol (S) appears between the section number and the name of the food described in that section prescribes the standard of composition, strength, potency, purity, quality or other property of that food and a section in which the symbol does not appear does not prescribe a standard for a food.

The standard prescribed for beer is set out in para. B.02.130 (S) of the regulations and it contains twenty-one separate headings, one of which is that beer "shall contain not less than 2.6% and not more than 5.5% alcohol by volume". There is no serious denial of the fact that light beer is a "beer" within the meaning of this definition but the regulation which prescribes the standard for light beer is B.02.134 (S) which provides:

B. 02.134 (S) Light Beer

- (a) shall be the product of the alcoholic fermentation of an infusion of barley malt and hops or hop extract in potable water and brewed in such a manner as to possess the aroma, taste and character commonly attributed to light beer;
- (b) shall contain not less than 1.2% and not more than 2.5% alcohol by volume; and
- (c) may have added to it the ingredients mentioned in paragraph (c) of section B. 02.130.

For the purpose of ensuring that no consumer or purchaser shall be "deceived or misled" as to the strength, potency, purity or other property" of any article of food for which a standard has been prescribed, Parliament has enacted s. 6 of the statute which reads as follows:

6. Where a standard has been prescribed for a food, no person shall *label, package, sell or advertise any article in such a manner that it is likely to be mistaken for such food*, unless the article complies with the prescribed standard. (The italics are my own.)

As the learned trial judge observed, there was no evidence before him describing or illustrating the "aroma, taste and character commonly attributed to light beer" and in my opinion the present case is concerned exclusively with the question of whether the appellant's product is so labelled as to make it likely that a consumer or purchaser would mistake

L'article B.01.002 prévoit que:

Tout article . . . où le symbole [N] apparaît entre le numéro de l'article et le nom de l'aliment décrit dans cet article, prescrit la norme de composition, de force, d'activité, de pureté, de qualité ou de toute autre propriété de cet aliment, et tout article où ce symbole n'apparaît pas ne prescrit pas de norme pour un aliment.

La norme prescrite pour la bière est énoncée à l'art. B.02.130 (N) du Règlement. Cet article comporte vingt et un alinéas distincts dont l'un prévoit que la bière «doit renfermer au moins 2.6 pour cent et au plus 5.5 pour cent d'alcool par volume». On ne conteste pas sérieusement que la bière légère soit une «bière» au sens de cette définition, mais l'article du Règlement qui prescrit la norme de la bière légère, est l'art. B.02.134 (N) qui se lit comme suit:

B.02.134 (N) La bière légère

- a) doit être le produit de la fermentation alcoolique d'une infusion de malt d'orge et de houblon ou d'extrait de houblon dans de l'eau potable, brassée de telle manière qu'elle possède l'arôme, le goût et les caractéristiques communément attribués à la bière légère;
- b) doit renfermer au moins 1.2 pour cent et au plus 2.5 pour cent d'alcool par volume; et
- c) peut, en cours de fabrication être additionnée des substances mentionnées à l'alinéa B.02.130c).

Afin de garantir qu'aucun consommateur ou acheteur ne soit «déçu ou trompé» sur «la force, l'activité, la pureté ou autres propriétés» d'un article d'alimentation à l'égard duquel une norme a été prescrite, le Parlement a édicté l'art. 6 de la Loi qui se lit comme suit:

6. Lorsqu'une norme a été prescrite pour un aliment, nul ne doit *étiqueter, emballer, vendre ou annoncer un article de telle manière qu'il puisse être confondu avec cet autre aliment*, à moins que l'article ne soit conforme à la norme prescrite. (Les italiques sont de moi.)

Comme l'a fait remarquer le savant juge de première instance, la preuve produite devant lui ne comportait aucune description ou illustration «de l'arôme, du goût et des caractéristiques communément attribués à la bière légère». A mon avis, la présente affaire met exclusivement en cause la question de savoir si le produit de l'appelante est

it as containing the prescribed standard of "not more than 2.5% alcohol per volume".

Both courts below took the view, with which I agree, that notwithstanding the difference in spelling, the use of the word "lite" in the title of "Labatt's Special Lite" was equivalent to calling it "light beer". It is, however, the standard prescribed by the regulations and not the designated name of the product which is sought to be preserved from mistake by s. 6 of the Act and to this end the appellant caused a label to be affixed to each bottle of its product containing the following information:

| |
|--------------------------------------|
| Labatt's |
| Est'd 1828 |
| SPECIAL LITE |
| BEER BIÈRE |
| 24×341 M1/12 oz fl 4% alc./vol. |

It is to be remembered that s. 6 only applies "where a standard is prescribed for a food" (which includes light beer) and as I have indicated, I take the view that the prohibition contained in s. 6 is limited to a case where the product is labelled in such a manner that it is likely to be mistaken for complying with the prescribed standard when this is in fact not the case.

Like the learned trial judge, I conclude that the manner in which the appellant seeks to market its "Labatt's Special Lite" beer is not such as to make it likely that it will be mistaken for a food which complies with the standard prescribed by regulation B.02.134 (S). The prominent display of the fact that the product contains 4 per cent alcohol by volume in my opinion makes it unlikely for it to be mistaken for a "food" in which the alcohol by volume does not exceed 2.5 per cent.

In reaching the opposite conclusion, Chief Justice Jaccottet, speaking for the Federal Court of Appeal, embarked on the following analysis of the content and meaning of s. 6 of the Act:

There is apparently (although I should not have thought so) an ambiguity as to whether, where a standard has been prescribed for a named class of food,

étiqueté de telle manière qu'un consommateur ou qu'un acheteur puisse le confondre avec un produit conforme à la norme prescrite d'«au plus 2.5 pour cent d'alcool par volume».

Les deux cours d'instance inférieure sont d'avis, et je suis d'accord avec elles, que, nonobstant la différence orthographique, l'usage du mot «lite» (légère) dans le nom «Labatt's Special Lite» équivaut à l'appeler «light beer» (bière légère). Toutefois, c'est à l'égard de la norme prescrite par le Règlement et non à l'égard du nom désigné du produit que l'art. 6 de la Loi cherche à prévenir toute confusion. A cette fin, l'appelante a fait apposer sur chaque bouteille de son produit une étiquette avec les renseignements suivants:

| |
|--------------------------------------|
| Labatt's |
| Est'd 1828 |
| SPECIAL LITE |
| BEER BIÈRE |
| 24×341 M1/12 oz fl 4% alc./vol. |

Il convient de se rappeler que l'art. 6 ne s'applique que «lorsqu'une norme a été prescrite pour un aliment» (ce qui comprend la bière légère). Comme je l'ai déjà indiqué, je suis d'avis que l'interdiction prévue à l'art. 6 se limite au cas où le produit est étiqueté de telle manière qu'on puisse croire qu'il est conforme à la norme prescrite, alors qu'en fait ce n'est pas le cas.

A l'instar du savant juge de première instance, je conclus que la manière dont l'appelante cherche à commercialiser sa bière «Labatt's Special Lite» fait que ce produit ne peut être confondu avec un aliment conforme à la norme prescrite par l'art. B.02.134 (N) du Règlement. L'indication placée bien en vue du fait que le produit a une teneur en alcool de 4 pour cent par volume rend, à mon avis, peu probable la confusion de ce produit avec un «aliment» dont la teneur en alcool par volume n'est pas supérieure à 2.5 pour cent.

Le juge en chef Jaccottet, qui a prononcé le jugement de la Cour d'appel fédérale, est parvenu à la conclusion contraire après l'analyse suivante de la teneur et du sens de l'art. 6 de la Loi:

La question de savoir si, dans le cas où une norme a été prescrite pour une catégorie nommée d'aliments, l'article 6 interdit l'étiquetage, l'emballage, la vente

section 6 prohibits labelling, packaging, selling or advertising an article not complying with the prescribed standard in such manner that it is likely to be mistaken

(a) for food so named, or

(b) for food that complies with the prescribed standard.

The second alternative is the view of the section on which the judgment attacked appears to be based. If it is the correct view, section 6 merely prohibits the passing off of an article as complying with a prescribed standard unless it does comply with it. If the first alternative is correct, section 6 prohibits the passing off of an article as being of a named class unless the article complies with the standard prescribed for goods of the class named. In my view, the first alternative is the correct view and, applied to the facts of this case, section 6 means, in effect,

Where a standard has been prescribed for (light beer), no person shall label, package, sell or advertise any article in such a manner that it is likely to be mistaken for (light beer), unless the article complies with the prescribed standard.

In adopting his interpretation of s. 6 of the Act, it will be seen that the learned Chief Justice has found it necessary to transpose the language employed by Parliament and to supply the words "light beer" in place of "food" in considering the facts of this case.

In my view s. 6 is passed in furtherance of the authority of the governor in council under s. 25(1)(c) of the Act to make regulations prescribing the standard of (*inter alia*) potency, rather than the name of any article of food. It will in any event have been seen that I do not share the views expressed by the Chief Justice of the Federal Court and as I am satisfied that the manner in which the appellant's product was labelled and advertised was not such that it would be likely to be mistaken for one which complied with the standard prescribed by regulation B.02.134 (S), I find that there was no breach of s. 6 of the Act and would accordingly allow this appeal with costs and restore the judgment of the learned trial judge.

ou l'annonce d'un article non conforme à la norme prescrite de telle manière qu'il puisse être confondu

a) avec l'aliment ainsi nommé, ou

b) avec l'aliment conforme à la norme prescrite,

est une question, semble-t-il, ambiguë (je n'aurais toutefois pas pensé que cette ambiguïté se posait). La deuxième interprétation de l'article est celle sur laquelle le jugement contesté est fondé. Si cette interprétation se révélait exacte, alors l'article 6 interdirait seulement de faire passer un article comme satisfaisant à une norme prescrite à moins de réellement y satisfaire. Advenant que la première interprétation soit exacte, l'article 6 interdirait de faire passer un article comme appartenant à une catégorie nommée d'articles à moins d'être conforme à la norme prescrite pour les articles de cette catégorie. A mon avis, la première interprétation est celle que l'on doit retenir. Appliquée aux faits de l'espèce, elle donne à l'article 6 le sens suivant:

«Lorsqu'une norme a été prescrite pour (la bière légère), nul ne doit étiqueter, emballer, vendre ou annoncer un article de telle manière qu'il puisse être confondu avec (la bière légère), à moins que l'article ne soit conforme à la norme prescrite.»

On note qu'en interprétant l'art. 6 de la Loi, le savant Juge en chef a estimé nécessaire de modifier le texte du Parlement en remplaçant le mot «aliment» par les mots «bière légère» dans l'analyse des faits de l'espèce.

A mon avis, l'art. 6 sert à appuyer les pouvoirs du gouverneur en conseil prévus à l'al. 25(1)c) de la Loi, soit d'établir des règlements prescrivant la norme relative à (notamment) l'activité, plutôt que le nom d'un aliment. Quoi qu'il en soit, on aura vu que je ne partage pas le point de vue exprimé par le Juge en chef de la Cour fédérale et, comme je suis convaincu que la manière dont le produit de l'appelante a été étiqueté et annoncé ne permet pas de le confondre avec un autre produit conforme à la norme prescrite par l'art. B.02.134(N) du Règlement, je conclus qu'il n'y a pas eu violation de l'art. 6 de la Loi. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi avec dépens et de rétablir le jugement du savant juge de première instance.

Having regard to the conclusion I have reached, no question arises as to the constitutional validity of s. 6 of the Act and it will accordingly be unnecessary for me to answer the question posed by the Chief Justice of this Court which was in the following terms:

Is it within the competence of the Parliament of Canada to enact s. 6 and s. 25(1)(c) of the *Food and Drug Act*, R.S.C. 1970 c. F-27 and are Regulations 02.130 and 02.135 inclusive thereunder validly made?

Since writing the above, it has become apparent that all other members of the Court are of opinion that the circumstances of this case do disclose a breach of s. 6 of the Act and it therefore does become necessary to answer the constitutional question posed by the Chief Justice which I would answer in the manner indicated in the reasons for judgment of my brother Estey, with the result that I would dispose of this appeal in the manner proposed by him.

The reasons of Pigeon and McIntyre JJ. were delivered by

PIGEON J. (*dissenting*)—There are two questions in this appeal. The first question is whether the Federal Court of Appeal erred in holding³⁵, contrary to the finding of the Trial Division³⁶, that the appellant (“Labatt”) was in violation of s. 6 of the *Food and Drugs Act* (“the Act”) by labelling as “Special Lite” beer containing 4 per cent alcohol when, according to the standard prescribed under the Act, “Light Beer” shall contain not more than 2.5 per cent alcohol. The second question is whether ss. 6 and 25(1)(c) of the Act and regulations B.02.130 to 135 are constitutionally valid. On this second question, the Attorney General of Quebec has intervened in support of the appeal against the judgment holding the impugned sections and regulations valid and, consequently, dismissing Labatt’s action for a declaration that they were not infringed or, in the alternative, that they were invalid.

Compte tenu de la conclusion à laquelle je suis parvenu, la question de la constitutionnalité de l’art. 6 de la Loi ne se pose pas et je n’ai donc pas à répondre à la question formulée par le Juge en chef de cette Cour en ces termes:

L’article 6 et l’al. 25(1)c) de la *Loi des aliments et drogues* S.R.C. 1970, chap. F-27, relèvent-ils de la compétence du Parlement du Canada et les articles B.02.130 à B.02.135 inclusivement du Règlement d’application sont-ils valides?

Depuis la rédaction des présents motifs, il est devenu évident que tous les autres membres de la Cour sont d’avis que les circonstances présentes révèlent une violation de l’art. 6 de la Loi. Il devient donc nécessaire de répondre à la question constitutionnelle formulée par le Juge en chef. Comme je suis d’avis d’y répondre de la manière indiquée dans les motifs de jugement de mon collègue le juge Estey, je suis donc d’avis de statuer en l’espèce comme il le propose.

Version française des motifs des juges Pigeon et McIntyre rendus par

LE JUGE PIGEON (*dissident*)—Le présent pourvoi soulève deux questions. La première consiste à savoir si la Cour d’appel fédérale a erré en concluant³⁵, contrairement à la Division de première instance³⁶, que l’appelante («Labatt») a enfreint l’art. 6 de la *Loi des aliments et drogues* («la Loi») en étiquetant «Special Lite» une bière ayant une teneur en alcool de 4 pour cent lorsque, d’après la norme prescrite en vertu de la Loi, la «Light beer» («bière légère») doit renfermer au plus 2.5 pour cent d’alcool. La seconde question est de savoir si l’art. 6 et l’al. 25(1)c) de la Loi ainsi que les articles B.02.130 à 135 du Règlement sont valides du point de vue constitutionnel. Le procureur général du Québec est intervenu relativement à cette seconde question pour appuyer le pourvoi formé contre l’arrêt qui a déclaré valides les dispositions législatives et réglementaires contestées et a, par conséquent, rejeté l’action de Labatt visant à obtenir un jugement déclarant que ces dispositions n’ont pas été enfreintes ou qu’elles sont invalides.

³⁵ [1980] 1 F.C. 241; (1979), 26 N.R. 617.

³⁶ (1978), 84 D.L.R. (3d) 61.

³⁵ [1980] 1 C.F. 241; (1979), 26 N.R. 617.

³⁶ (1978), 84 D.L.R. (3d) 61.

On the first point, in view of the wording of s. 6, the question is whether Labatt's "Special Lite" beer is labelled "in such manner that it is likely to be mistaken" for the "food" *i.e.*, "light beer" for which a standard has been prescribed. This standard provides among other specifications that it shall not contain more than 2.5 per cent alcohol. The reason for which the trial judge held that there was no violation was expressed as follows (at pp. 65-66):

I go finally to the plaintiff's labelling, packaging and advertising of its Canadian product. I have no doubt the plaintiff is, regardless of the phonetic spelling "Lite", labelling, packaging and advertising a beer, using the descriptive adjective "light". The incorrect or phonetic spelling cannot disguise that fact. Additionally, words in the cartons and in the advertising material state that the beer is "brewed for lightness". All that, however, does not end the matter. In my view, based on the evidence before me, the labels on the individual bottles, the information on the carton, and the proposed advertising material (including the notice to British Columbia Government Liquor Store outlets), all clearly indicate, even to the most casual observer or customer, that the alcohol content is 4%. (Foot-note omitted.)

On the contrary, Jackett C.J. said, in giving the unanimous opinion in appeal, (at p. 623-624):

As I conceive of the scheme of this aspect of the Food and Drugs Act, it is calculated to protect the food buying public, not only against dangerous foods but against being misled (*sic*) concerning the composition of foods; and it proceeds on the basis that foods are bought by members of the public who do not know or understand the technicalities of the composition of food but buy goods by reference to "common names". It, therefore, contemplates the prescribing of "standards" for foods sold under various common names that will ensure, if the prescribing is well done, that a member of the public will get what he is entitled to think that he is getting when he purchases an article by reference to a common name for which a standard has been prescribed, whether or not he knows or understands the technical description of what he is entitled to think that he is getting. The statute, therefore, provides for regulations prescribing standards for "any article of food"—*i.e.* for articles of a described class of food—and makes it an offence, where a standard has been prescribed for a

Sur le premier point, la question qui se pose, vu le texte de l'art. 6, est de savoir si le produit de Labatt, savoir la bière «Special Lite», est étiqueté «de telle manière qu'il puisse être confondu» avec «l'aliment», *c.-à-d.* la «bière légère» à l'égard de laquelle une norme a été prescrite. Cette norme prévoit, entre autres spécifications, que la bière légère doit renfermer au plus 2.5 pour cent d'alcool. Le motif sur lequel s'est fondé le juge de première instance pour conclure que la Loi n'avait pas été enfreinte est le suivant (aux pp. 65 et 66):

Revenons enfin à la manière dont la demanderesse étiquette, empaquette et annonce son produit canadien. Il n'y a pas de doute, à mon avis, que la demanderesse, malgré l'orthographe phonétique du mot «lite», en anglais, emploie l'adjectif «light» (légère) pour décrire sa bière dans son étiquetage, son emballage et sa publicité. L'orthographe incorrecte ou phonétique n'y change rien. En outre, les cartons et le matériel publicitaire portent les mots [TRADUCTION] «brassée pour plus de légèreté». Toutefois, cette question est secondaire. Sur la foi de la preuve en l'espèce, je pense que les étiquettes sur les bouteilles, les renseignements sur le carton et la publicité projetée (y compris l'avis envoyé aux points de distribution de la société des alcools de la Colombie-Britannique) indiquent tous clairement, même à l'observateur ou au client le plus distrait, que la teneur en alcool est de 4%. (Renvoi omis.)

Le juge en chef Jackett qui a prononcé le jugement unanime de la Cour d'appel est d'avis contraire (aux pp. 623 et 624):

Si j'en comprends bien l'objet, la *Loi des aliments et drogues*, aux termes de cet article, vise à protéger les consommateurs non seulement contre les aliments dangereux mais également contre toute fausse représentation sur la composition des aliments. Elle est fondée sur la proposition que les aliments sont achetés par des personnes qui ne connaissent ni ne comprennent les détails techniques de la composition des aliments et qui se fient uniquement aux «noms usuels» des aliments. Par conséquent, la Loi prévoit la prescription de «normes» pour des aliments vendus sous divers noms usuels. Ces normes, dans la mesure où elles sont régulièrement prescrites, garantissent au consommateur qu'il reçoit un produit correspondant à celui qu'il s'estime en droit de recevoir lorsqu'il se fie sur le nom usuel de l'article à l'égard duquel une norme a été prescrite, qu'il en connaisse ou en comprenne ou non la description technique. La Loi prévoit donc l'adoption d'un règlement pour établir des normes pour «un article d'alimentation», *c'est-à-dire* pour des articles d'une catégorie désignée

“food”—i.e. for a class of food-, to label, package, sell or advertise an article in such manner that it is likely to be mistaken “for such food”—i.e. for an article of the class for which a standard has been prescribed—“unless the article complies with the prescribed standard”.

In my view, therefore, it follows from the findings of the learned trial judge

(a) that the respondent was “labelling, packaging and advertising a beer using the descriptive adjective “light”, and

(b) that that beer had an alcohol content of 4%,

that the respondent was infringing section 6, if the regulation establishing the standard for light beer was valid. (Foot-notes omitted.)

I respectfully agree with this conclusion. The question is not whether it is possible to ascertain from the label the exact nature of the packaged product. The question is whether a mistake is likely and it appears to me that this enquiry must be approached in the same way as the likelihood of confusion in trade mark infringement or passing-off. It is a matter of first impression. The words “Special Lite” are clearly the dominant feature here. The indication of the alcoholic content is down on the bottom line with the mention of the contents in millilitres and fluid ounces.

Counsel for Labatt relied on the judgment of the House of Lords in *Schweppes Ltd. v. Gibbens*³⁷. This was a passing-off action which was dismissed because the words “Gibbens Soda Water” were prominently displayed on the label in large capital letters. One only has to look at the label as reproduced in the report (at p. 602) to realize how totally different the situation was from that which was created by the Labatt labels as reproduced in the printed case herein. The present situation is more nearly analogous to that which obtained in *J. Bollinger v. The Costa Brava Wine Company Limited*³⁸, where an injunction to restrain the use of the term “Spanish Champagne” was granted to French Champagne producers, although it is obvi-

d'aliments, et rend passible d'une peine, lorsqu'une norme a été prescrite pour un «aliment», c'est-à-dire pour une catégorie d'aliments, toute personne qui étiquette, empaquette, vend ou annonce un article de telle manière qu'il puisse être confondu «avec cet autre aliment», c'est-à-dire avec un article de la catégorie qui a fait l'objet d'une norme, «à moins que l'article ne soit conforme à la norme prescrite».

Par conséquent, il découle, selon moi, des conclusions du savant juge de première instance portant

a) que l'intimée a «étiqueté, empaqueté et annoncé une bière décrite comme étant «légère», et

b) que la teneur en alcool de cette bière était de 4%,

que l'intimée a violé l'article 6, dans la mesure où le Règlement qui a établi la norme pour la bière légère est valide. (Revois omis.)

Je souscris à cette conclusion. La question n'est pas de savoir si, d'après l'étiquette, il est possible de vérifier la nature exacte du produit emballé. Elle est de savoir s'il y a risque d'erreur et elle me paraît devoir être abordée comme s'il s'agissait de savoir s'il y a risque de confusion dans une affaire de contrefaçon de marque ou de concurrence déloyale. C'est une question de première impression. Il est clair que les mots «Special Lite» sont la désignation principale du produit en cause. La teneur en alcool figure en dernière ligne au bas de l'étiquette avec le contenu en millilitres et en onces liquides.

L'avocat de Labatt s'est appuyé sur l'arrêt de la Chambre des lords, *Schweppes Ltd. v. Gibbens*³⁷. Il s'agissait d'une action alléguant concurrence déloyale, elle a été rejetée au motif que les mots «Gibbens Soda Water» avaient été placés bien en vue sur l'étiquette en capitales. On n'a qu'à jeter un coup d'œil sur l'étiquette reproduite dans le recueil (p. 602) pour se rendre compte de la grande différence entre cette situation et celle qui met en cause les étiquettes Labatt reproduites dans le dossier imprimé. La situation présente ressemble beaucoup plus à celle qui prévalait dans *J. Bollinger v. The Costa Brava Wine Company Limited*³⁸, où une injonction interdisant l'utilisation de l'expression «Spanish Champagne» (champagne espa-

³⁷ (1905), 22 R.P.C. 601.

³⁸ [1961] R.P.C. 116.

³⁷ (1905), 22 R.P.C. 601.

³⁸ [1961] R.P.C. 116.

ous that Spanish sparkling wine does not come from the part of France called "Champagne" where sparkling wine known by that name is produced.

For the same reason, I doubt whether the likelihood of confusion can ever be ruled out when an officially defined trade designation is misapplied, as in this case. The clear intention of such defined designations is to prohibit their use except in accordance with proper specification and this objective will be seriously compromised by allowing deviations provided they are indicated. The effectiveness of such indications is inevitably questionable. If specific weights are prescribed for some packaged goods, it would be intolerable to allow other weights provided they are plainly marked. The intent of such provisions is that casual shoppers not be misled.

The second question involves the difficult definition of the limits of federal power under the heading "The Regulation of Trade and Commerce" (s. 91(2) *B.N.A. Act*). In *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons*³⁹ Sir Montague E. Smith said (at p. 113):

Construing therefore the words "regulation of trade and commerce" by the various aids to their interpretation above suggested, they would include political arrangements in regard to trade requiring the sanction of parliament, regulation of trade in matters of interprovincial concern, and it may be that they would include general regulation of trade affecting the whole dominion. Their Lordships abstain on the present occasion from any attempt to define the limits of the authority of the Dominion parliament in this direction.

More recently, in a reference concerning the validity of the *Dominion Trade and Industry Commission Act 1935*⁴⁰, Lord Atkin said (at pp. 417-418):

³⁹ (1881), 7 App. Cas. 96.

⁴⁰ [1937] A.C. 405, *sub. nom. Att. Gen. of Ontario v. Att. Gen. of Canada*.

gnol) a été accordée aux producteurs de champagne français, même s'il est évident que le vin mousseux espagnol ne vient pas de cette région de la France qu'on appelle la «Champagne» où est produit le vin mousseux de ce nom.

Pour le même motif, je doute que l'on réussisse à écarter totalement le risque de confusion quand il y a, comme en l'espèce, fausse application d'une désignation commerciale officiellement définie. Il est clair qu'on entend par là interdire l'utilisation de cette désignation sauf en conformité de la norme appropriée. Cet objectif sera sérieusement compromis si l'on tolère des dérogations dès qu'elles sont indiquées. L'efficacité d'une telle indication risque inévitablement d'être douteuse. Si l'on prescrit un poids déterminé pour un certain produit emballé, il serait intolérable qu'un autre poids soit permis s'il est clairement indiqué. Le but de telles dispositions est d'éviter que le consommateur inattentif soit induit en erreur.

La seconde question porte sur les limites, difficiles à établir, de l'autorité fédérale en matière de «réglementation des échanges et du commerce» (par. 91(2) de l'*A.A.N.B.*). Dans *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons*³⁹ sir Montague E. Smith s'exprimait en ces termes (à la p. 113):

[TRADUCTION] Par conséquent, si l'on interprète les mots «réglementation des échanges et du commerce» en s'aidant des divers moyens mentionnés plus haut, on voit qu'ils devraient inclure les arrangements politiques concernant les échanges qui requièrent la sanction du Parlement et la réglementation des échanges dans les matières d'intérêt interprovincial. Il se pourrait qu'ils comprennent la réglementation générale des échanges s'appliquant à tout le Dominion. Leurs Seigneuries s'abstiennent dans la présente circonstance de tenter d'établir les limites de l'autorité du Parlement du Dominion dans ce domaine.

Dans un arrêt subséquent sur un renvoi concernant la validité de la *Loi sur la Commission fédérale du commerce et de l'industrie, 1935*⁴⁰, lord Atkin écrivait ce qui suit (aux pp. 417 et 418):

³⁹ (1881), 7 App. Cas. 96.

⁴⁰ [1937] A.C. 405, *sub. nom. Att. Gen. of Ontario v. Att. Gen. of Canada*.

Sect. 18, sub-s. 1, provides that "the words 'Canada Standard' or the initials 'C.S.' shall be a national trade-mark and the exclusive property in and the right to the use of such trade-mark is thereby declared to be vested in His Majesty in the right of the Dominion. . . ." By sub-s. 2 such national trade mark as applied to any commodity pursuant to the provisions of that Act or any other Act of the Parliament of Canada is to constitute a representation that such commodity conforms to the requirements of a specification of a commodity standard established under the provisions of any Dominion Act. By s. 19, sub-s. 1, any producer, or manufacturer or merchant is given permission to apply the national trade mark to any commodity provided it conforms to the appropriate statutory specification, and by sub-s. 2 it is made an offence to apply the mark to any commodity in violation of the prescribed conditions.

There exists in Canada a well established code relating to trade marks created by the Dominion statutes, to be found now in *Trade Marks and Designs Act*, R.S.C., 1927, c. 201, amended by S.C., 1928, c. 10. It gives to the proprietor of a registered trade mark the exclusive right to use the trade mark to designate articles manufactured or sold by him. It creates, therefore, a form of property in each Province and the rights that flow therefrom. No one has challenged the competence of the Dominion to pass such legislation. If challenged one obvious source of authority would appear to be the class of subjects enumerated in s. 91(2), the Regulation of trade and commerce, referred to by the Chief Justice. There could hardly be a more appropriate form of the exercise of this power than the creation and regulation of a uniform law of trade marks. But if the Dominion has power to create trade mark rights for individual traders, it is difficult to see why the power should not extend to that which is now a usual feature of national and international commerce—a national mark.

... there seems no reason why the legislative competence of the Dominion Parliament should not extend to the creation of juristic rights in novel fields, if they can be brought fairly within the classes of subjects confided to Parliament by the constitution. The substance of the legislation in question is to define a national mark, to give the exclusive use of it to the Dominion so as to

[TRANSLATION] Le paragraphe 18(1) prévoit que «les mots 'Canada Standard' ou les initiales 'C.S.' constituent une marque de commerce nationale; et la propriété exclusive de cette marque de commerce et le droit de s'en servir sont, par les présentes, déclarés appartenir à Sa Majesté pour le compte du Dominion . . . ». En vertu du par. 18(2), cette marque de commerce nationale, apposée sur une denrée conformément aux dispositions de cette loi ou de toute autre loi du Parlement du Canada, constitue une représentation à l'effet que cette denrée est conforme aux exigences d'une désignation d'une denrée-type établie en vertu des dispositions de toute loi du Dominion. Le par. 19(1) accorde à tout producteur, fabricant ou marchand la permission d'apposer la marque de commerce nationale sur toute denrée à la condition que cette denrée soit conforme à la spécification pertinente établie par la loi. Le par. 19(2) déclare coupable d'une infraction toute personne qui appose la marque sur une denrée en contravention des conditions prescrites.

Il existe au Canada un code bien établi relatif aux marques de commerce créé par les lois fédérales. On le retrouve maintenant dans la *Loi des marques de commerce et dessins de fabrique*, S.R.C. 1927, c. 201, modifiée par S.C. 1928, c. 10. Ces dispositions donnent au propriétaire d'une marque de commerce déposée le droit exclusif de se servir de cette marque de commerce pour désigner les articles qu'il fabrique ou qu'il vend. Ces dispositions créent donc une forme de propriété dans chaque province avec tous les droits qui en découlent. Personne n'a contesté la compétence du Dominion à cet égard. En cas de contestation, on invoquerait sans doute, à l'appui de la compétence du Parlement, la catégorie de sujets énumérée à l'article 91(2) et mentionnée par le juge en chef, savoir la réglementation du trafic et du commerce. Il pourrait difficilement y avoir une forme plus appropriée d'exercice de cette compétence que la création et l'application d'une loi uniforme sur les marques de commerce. Mais si le Dominion a le pouvoir de créer des droits en matière de marques de commerce à l'intention de commerçants particuliers, il est difficile de comprendre les raisons pour lesquelles ce pouvoir ne devrait pas s'étendre à ce qui est maintenant une caractéristique courante du commerce national et international, savoir, une marque nationale.

... aucune raison ne semble s'opposer à ce que la compétence législative du Parlement fédéral s'étende à la création de droits juridiques dans des domaines nouveaux s'ils peuvent raisonnablement entrer dans les catégories de sujets confiés au Parlement par la constitution. La substance de la législation en question est de définir une marque nationale, d'en accorder l'usage

provide a logical basis for a system of statutory licences to producers, manufacturers and merchants.

In my view, the enactments and regulations under attack in the present case are essentially for the same legislative purpose as the sections considered by Lord Atkin. This purpose is to provide that some specific trade designations will guarantee compliance with what the 1935 statute called a "commodity standard" and is known in the present statute and regulations as a "specification" for a "food". The 1935 statute would have such effect only if the producer, manufacturer or merchant chose to apply the trade mark "Canada Standard" or the initials "C.S.". The present scheme controls whenever a defined designation is applied to a food for which a specification has been established. I fail to see how this difference can be significant from a constitutional point of view.

I cannot agree with Labatt's submission that the present regulations and statute prevent it from marketing its product. In my view what is prohibited is marking it "light beer". It is argued that the intention in using this description is not to mislead the public into believing that it is "light beer" as defined in the Regulations, *i.e.* 2.5 per cent alcohol, but to inform the public that this is a lighter beer. However, it is not marked Labatt's Lighter Beer, but "Special Lite Beer" under "Labatt's" prominently displayed in large characters well above "Beer" in smaller type. Even on the strict view that any use of the word "light", properly spelled or mis-spelled, is prohibited. I fail to see how this can be said to amount to a prohibition of the sale of this particular product. Could they not label it as "Low-calorie" if they wished? It may be that this would not be commercially desirable but that is a matter of the wisdom of the legislation with which we are not concerned.

It is now necessary to consider the judgment rendered last week in *Dominion Stores Limited v.*

exclusif au gouvernement fédéral de façon à assurer un fondement logique à un système de permis accordés par la loi aux producteurs, manufacturiers et marchands.

A mon avis, les dispositions législatives et réglementaires contestées en l'espèce visent essentiellement le même but que les dispositions étudiées par lord Atkin. Ce but est d'assurer la conformité de certaines désignations commerciales avec ce que la loi de 1935 appelle des «denrées-types» et que la Loi et le Règlement actuels désignent comme des «normes» pour des «aliments». La loi de 1935 n'empêcherait cette conséquence que si le producteur, le manufacturier ou le marchand choisissait d'apposer comme marque de commerce les mots «Canada Standard» ou les initiales «C.S.». La Loi actuelle s'applique dès qu'une désignation définie est apposée à un aliment pour lequel une norme a été établie. Je ne vois pas l'importance de cette différence du point de vue constitutionnel.

Je ne peux admettre la prétention de Labatt que le Règlement et la Loi en cause l'empêchent de mettre son produit sur le marché. A mon avis, ce qui est interdit, c'est de le désigner comme «bière légère». On fait valoir que cette désignation ne vise pas à induire en erreur le public en lui faisant croire qu'il s'agit d'une «bière légère» au sens du Règlement, *c.-à-d.* une bière à 2.5 pour cent, mais à informer le public qu'il s'agit d'une bière plus légère. Toutefois, le produit de Labatt n'est pas étiqueté «Lighter Beer» (bière plus légère) mais bien «Special Lite Beer» et cette inscription figure sous le mot «Labatt's» écrit en grosses lettres et placé bien en vue au-dessus du mot «bière» imprimé en plus petits caractères. Même du strict point de vue que tout usage du mot «light» (léger) est interdit, quelle qu'en soit l'orthographe, je ne vois pas comment on arrive à dire que cela équivaut à interdire la vente de ce produit. Le fabricant ne pourrait-il pas utiliser sur l'étiquette l'expression anglaise «Low-calorie» (hypocalorique), s'il le voulait? C'est une solution qui n'est peut-être pas très souhaitable du point de vue commercial; mais c'est là une question qui relève de la discrétion législative et qui ne nous concerne pas.

Il est nécessaire, à ce stade-ci, d'étudier l'arrêt *Les Supermarchés Dominion Limitée c. La*

*The Queen*⁴¹ reversing *R. v. Dominion Stores*⁴². This was a prosecution initiated by a federal inspector for violation of the *Canada Agricultural Products Standards Act* (R.S.C. 1970, c. A-8). The violation was alleged to have been committed in respect of apples offered for sale under the grade name "extra fancy". Under the federal statute, grading is compulsory for agricultural products in extraprovincial trade only. As the apples in question were offered at retail in Ontario, the applicable grading statute was *The Farm Products Grades and Sales Act* (R.S.O. 1970, c. 161). This provincial statute requires grading with the same grade names and specifications as the federal statute, but is applicable to products in local trade only.

The basis on which the prosecution was initiated by the federal authorities under the federal statute was that, in addition to Part II requiring compulsory grading for international and interprovincial trade, there is a Part I providing for standards and making it an offence to offer for sale under an established grade name, a product which does not meet the requirements for such grade. The retailers being compelled by the provincial statute to apply the grade name, the federal inspectors claimed the equivalent in practical terms of the right to enforce the provincial statute concerning grade requirement specifications, by claiming violation of the federal standard. The conclusion of the majority in this Court rejected this as unwarranted federal interference in what was in truth the administration of the provincial statute. Estey J. said:

The federal statute seeks to add another consequence to the same action already proscribed under the Ontario Act. It is said that the result is simply that if the retailer affixes to the apples the "extra fancy" grade identification, he is to be prosecuted under the federal statute (assuming quality does not match the prescribed standards), but if he does not affix the label, he is to be prosecuted under the provincial Act. To that result, my

*Reine*⁴¹, rendu la semaine dernière par cette Cour qui a infirmé l'arrêt *R. v. Dominion Stores*⁴². L'affaire visait une plainte déposée par un inspecteur fédéral pour violation de la *Loi sur les normes des produits agricoles du Canada* (S.R.C. 1970, chap. A-8). L'infraction alléguée touchait la vente de pommes sous le «nom de qualité» «extra de fantaisie». En vertu de la loi fédérale, le classement n'est obligatoire que pour les produits agricoles dans le commerce extra-provincial. Puisque ces pommes étaient vendues au détail en Ontario, la loi applicable en matière de classement était *The Farm Products Grades and Sales Act* (R.S.O. 1970, chap. 161). Cette loi provinciale, tout en exigeant que les produits soient classés selon les mêmes noms de qualité et les mêmes caractéristiques que ceux prévus dans la loi fédérale, ne s'applique qu'aux produits qui font l'objet d'un commerce local.

Le fondement de la plainte déposée par l'autorité fédérale en vertu de la loi fédérale était qu'on y trouve, en outre de la Partie II qui exige le classement pour le commerce international et interprovincial, la Partie I qui prévoit l'établissement de normes et érige en infraction la vente sous un nom de qualité établi d'un produit qui ne répond pas aux exigences prescrites. Les détaillants étant tenus en vertu de la loi provinciale d'apposer le nom de qualité, l'inspecteur fédéral a réclamé, alléguant infraction à la norme fédérale, l'équivalent, en pratique, du droit de faire observer la loi provinciale en ce qui concerne les exigences de qualité. Cette Cour à la majorité a rejeté cette prétention au motif qu'il s'agit d'une intervention non justifiée du fédéral dans ce qui est en réalité l'application d'une loi provinciale. Le juge Estey s'est exprimé en ces termes:

La loi fédérale cherche à ajouter une autre conséquence à la conduite déjà prohibée par la loi ontarienne. On allègue que le résultat est simplement que si le détaillant indique sur les pommes la catégorie «extra de fantaisie», il sera poursuivi en vertu de la loi fédérale (si la qualité ne répond pas aux normes prescrites), mais s'il n'appose pas l'étiquette, il sera poursuivi en vertu de la loi provinciale. A ce résultat, je préfère de beaucoup la

⁴¹ [1980] 1 S.C.R. 844.

⁴² (1978), 18 O.R. (2d) 496, aff'g (1977), 17 O.R. (2d) 168.

⁴¹ [1980] 1 R.C.S. 844.

⁴² (1978), 18 O.R. (2d) 496, confirmant (1977), 17 O.R. (2d) 168.

strong preference is for the simple solution that Part I of the federal statute is inapplicable to the local trade here in question, and hence the charge, if any, must be laid under the provincial statute.

Estey J. also made it clear that this conclusion did not affect a federal trade mark statute:

... It is also, in my respectful view, quite wrong to regard the federal statute as being an innocent creation of something akin to a trade mark and to thereby assume that this federal statute is trade mark legislation. In fact and in law, it is marketing legislation enacted without sovereign power to do so in the hope that this deficiency will be filled with dovetailing provincial sovereign legislation. The province has cooperated in bringing in the marketing plan but takes the position here, and I believe rightly so, that the operative statute which may have been offended by the appellant is not the so-called trade mark legislation but the genuine marketing legislation of the province designed to fill the constitutional gap with reference to the marketing of fruit and vegetables in the Province of Ontario.

We are not confronted with a similar situation in the present case. In my view, the federal enactments under attack provide for no more than what might be called "labelling regulations". These state what specifications must be met if some specific designations are used on food labels. In my view this does not go beyond a proper concept of trade mark legislation and I fail to see any invasion of provincial jurisdiction as was found in *Macdonald v. Vapor Canada Ltd*⁴³ in respect of s. 7(e) of the *Trade Marks Act*.

I would, therefore, answer the constitutional question in the affirmative and dismiss the appeal with costs to the respondent. There should be no costs to or against the intervenor.

PRATTE J.—I would allow the appeal with costs and restore the judgment of the learned trial judge.

⁴³ [1977] 2 S.C.R. 134.

solution simple voulant que la Partie I de la loi fédérale soit inapplicable au commerce local dont il est question ici et, donc, que l'accusation, le cas échéant, doive être portée en vertu de la loi provinciale.

Le juge Estey a également clairement établi que cette conclusion ne porte pas atteinte à une loi fédérale en matière de marques de commerce:

... De plus, je crois avec égards qu'il est tout à fait erroné de considérer la loi fédérale comme une création innocente de quelque chose semblable à une marque de commerce et de présumer par le fait même qu'il s'agit d'une loi fédérale en matière de marques de commerce. En fait et en droit, il s'agit d'une loi sur la commercialisation édictée sans pouvoir souverain à cette fin dans l'espoir que cette faille sera comblée par une loi provinciale réconciliable, relevant de la souveraineté provinciale. La province a coopéré en instaurant un régime de commercialisation mais invoque, avec raison je crois, que la loi applicable à laquelle l'appelante peut avoir contrevenu n'est pas la soi-disant législation sur les marques de commerce, mais la véritable législation sur la commercialisation qui vise à combler la lacune constitutionnelle relative à la commercialisation des fruits et légumes dans la province de l'Ontario.

En l'espèce, la situation est différente. A mon avis, les dispositions fédérales contestées ne prévoient pas autre chose que ce qu'on peut désigner comme un «règlement d'étiquetage». Celui-ci prescrit les normes auxquelles il faut satisfaire lorsque certaines désignations spécifiques sont utilisées sur des étiquettes d'aliments. J'estime que ce règlement relève de la compétence de la législation sur les marques de commerce et je n'y vois aucun empiètement sur le domaine provincial comme cela était le cas dans *MacDonald c. Vapor Canada Ltd*.⁴³ au sujet de l'al. 7e) de la *Loi sur les marques de commerce*.

Par conséquent, je suis d'avis de répondre par l'affirmative à la question constitutionnelle et de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur de l'intimé. Il n'y a pas d'adjudication de dépens en faveur ou contre l'intervenant.

LE JUGE PRATTE: Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de rétablir le jugement du juge de première instance.

⁴³ [1977] 2 R.C.S. 134.

Appeal allowed with costs, LASKIN C.J. and PIGEON and MCINTYRE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the respondent: Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervenant: H. Brun, J. F. Jobin and Y. Bernier, Québec.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge en chef LASKIN et les juges PIGEON et MCINTYRE étant dissidents.

Procureurs de l'appelante: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant: H. Brun, J. F. Jobin et Y. Bernier, Québec.

Sydney Rosen *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1979: February 7; 1979: December 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Conspiracy to defraud the public — Evidence — Unauthorized wiretap — Admissibility — Ex post facto consent — Criminal Code, ss. 178.11(2)(a), 178.16(1), 338(1), 423(1)(d).

Evidence — Wiretap — Unauthorized interception — Ex post facto consent — Criminal Code, ss. 178.11(2)(a), 178.16(1), 338(1), 423(1)(d).

Appellant, with others, was charged with conspiracy to defraud the public of money or valuable securities through a deceitful distribution of the shares of Somed Mines Limited contrary to s. 423(1)(d) and s. 338(1) of the *Criminal Code*. The Crown tendered wiretap evidence of private conversations between appellant and three other conspirators, B., S. and L., who had originally been co-accused. The Crown relied on the express consents of these three individuals to render the evidence admissible under s. 178.16(1)(b) of the *Code*. No attempt was made to prove that the wiretaps were judicially authorized. The consents had been obtained only four days prior to appellant's trial and long after the interceptions had been made. Subsequent to giving their consent, B., S. and L. pleaded guilty to the charge of conspiracy to defraud. Each was fined and placed on probation. It was a term of the probation order that they be available for appellant's trial. All three gave evidence but each testified under cross-examination that the fear of jail was the governing factor in his decision to consent to the admission of the wiretap evidence. The trial judge ruled that the consents rendered the evidence admissible and appellant was convicted. His appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed without written or recorded reasons. On further appeal, appellant raised three points: first, that a consent under s. 178.16(1)(b) must, to be effective, be obtained prior to the interception; second, that evidence of interceptions not lawfully made and rendered admissible only by a consent or consents under s. 178.16(1)(b) could be admissible only against a consentor and third, that any consent must be

Sydney Rosen *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1979: 7 février; 1979: 21 décembre.

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

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

Droit criminel — Complot pour frustrer le public — Preuve — Ecoute électronique non autorisée — Admissibilité — Consentement ex post facto — Code criminel, art. 178.11(2)a), 178.16(1), 338(1), 423(1)d).

Preuve — Ecoute électronique — Interception non autorisée — Consentement ex post facto — Code criminel, art. 178.11(2)a), 178.16(1), 338(1), 423(1)d).

L'appellant, avec d'autres personnes, a été accusé de complot pour frustrer le public d'argent ou de valeurs par une distribution dolosive des actions de Somed Mines Limited contrairement à l'al. 423(1)d) et au par. 338(1) du *Code criminel*. Le ministère public a produit en preuve l'interception de conversations privées entre l'appellant et trois autres conspirateurs, B., S. et L., qui avaient d'abord été coaccusés. Le ministère public s'appuie sur les consentements exprès de ces trois personnes pour rendre la preuve admissible conformément à l'al. 178.16(1)b) du *Code*. On n'a pas tenté de prouver que les interceptions avaient été autorisées judiciairement. Les consentements ont été obtenus quatre jours seulement avant le procès de l'appellant et bien après que les interceptions eurent été faites. Après avoir donné leur consentement, B., S., et L. ont plaidé coupable à l'accusation de complot pour frustrer le public. Chacun s'est vu imposer une amende et placé en probation. Une condition de l'ordonnance de probation était d'être disponible pour le procès de l'appellant. Ils ont tous trois témoigné, mais en contre-interrogatoire, ils ont tous déclaré que la crainte de l'emprisonnement avait été le facteur principal de leur décision de consentir à l'admission en preuve de l'interception. Le juge du procès a décidé que les consentements rendaient la preuve admissible et l'appellant a été déclaré coupable. Son appel à la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté sans motifs écrits ou consignés. Au pourvoi subséquent, l'appellant a soulevé trois points: premièrement, qu'un consentement donné conformément à l'al. 178.16(1)b) doit, pour être valide, être obtenu avant l'interception; deuxièmement,

freely given and not induced by any promise or threat by the Crown.

Held (Laskin C.J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte and McIntyre JJ.: While a consent to admission in evidence under s. 178.11(2)(a) must precede the interception, the consent under s. 178.16(1)(b) serves a different purpose, namely, to permit the use in evidence of an interception unlawfully made, *i.e.* without consent. In the case of s. 178.16(1)(b), the consent therefore can be procured after the interception and up to the time that the evidence is tendered.

The second point raised has not previously been dealt with in this Court but was dealt with, and correctly so, in *R. v. Demeter* (1975), 19 C.C.C. (2d) 321 (Ont. H.C.), which rejected the proposition that the evidence could be received only against the consenter. As there stated, the words of s. 178.16 are unambiguous. It is not appropriate to introduce unnecessary words into the section which are not required to clarify any ambiguity.

Finally, while the consent must be given voluntarily, in the sense of not being the result of coercion, and must be the conscious act of the consenter, the consent will not be vitiated because the motives for it may be selfish or even reprehensible. The requirements governing the admission of confessions do not apply to the consents here, under s. 178.16(1)(b) where the consenter is consenting to the use of tapes or other recordings which have been previously recorded and which he cannot change. This is very different from agreeing to make a statement which could be invented or to giving evidence *in futuro* which could be coloured in the hope of reward or benefit.

Per Laskin C.J., *dissenting*: A common law rule that has long prevailed in Canada is that evidence relevant to the issues in a criminal matter is admissible even if illegally obtained. The issue here, however, is the admissibility of evidence of illegally intercepted private conversations in the face of a statutory code for the protection of privacy. The majority of this Court have here held that s. 178.16(1)(b) of the *Code* must be taken to embrace *ex post facto* consent where the interception was originally unlawful, since s. 178.16(1)(a) removes the exclusion where the interception was originally lawful, thus applying the rule of construction that

que la preuve d'interceptions illégalement faites et qui ne sont rendues admissibles que par un ou des consentements en vertu de l'al. 178.16(1)(b) n'est admissible que contre une personne qui y a consenti et troisièmement, que tout consentement doit être donné librement et ne doit pas être obtenu par une promesse ou une menace de la part du ministère public.

Arrêt (le juge en chef Laskin est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte et McIntyre: Alors qu'un consentement à l'admission en preuve visé à l'al. 178.11(2)(a) doit précéder l'interception, celui visé à l'al. 178.16(1)(b) sert une fin différente, soit de permettre l'utilisation en preuve d'une interception faite illégalement, c.-à-d. sans consentement. Dans le cas de l'al. 178.16(1)(b), le consentement peut donc être obtenu après l'interception jusqu'au moment où la preuve est produite.

Le deuxième point soulevé n'a pas encore été examiné par cette Cour, mais il a été correctement tranché dans *R. v. Demeter* (1975), 19 C.C.C. (2d) 321 (H.C. Ont.), où la proposition que la preuve ne pouvait être admise que contre celui qui y avait consenti a été rejetée. Comme cela y est dit, les termes de l'art. 178.16 ne sont pas ambigus. Il ne faut pas introduire dans l'article des termes superflus qui ne sont pas nécessaires pour clarifier quelque ambiguïté.

Enfin, bien que le consentement doive être donné volontairement, en ce sens qu'il n'est pas le résultat de la contrainte et qu'il doit s'agir de l'acte conscient de la personne qui consent, il ne sera pas invalidé parce que les motifs peuvent en être égoïstes ou même répréhensibles. Les exigences qui régissent l'admission de confessions ne s'appliquent pas aux consentements en l'espèce, visés à l'al. 178.16(1)(b) où la personne qui consent, consent à l'utilisation de bandes magnétiques ou d'autres enregistrements qui existent déjà et qu'elle ne peut modifier. C'est très différent d'accepter de faire une déclaration qui pourrait être inventée ou de rendre un témoignage dans l'avenir qui pourrait être faussé dans l'espoir d'un avantage ou d'une récompense.

Le juge en chef Laskin, *dissident*: Une règle de *common law* qui prévaut depuis longtemps au Canada est qu'une preuve pertinente aux questions en litige dans un procès au criminel est admissible quoique obtenue illégalement. La question en l'espèce, cependant, est l'admissibilité en preuve de conversations privées interceptées illégalement, compte tenu d'un code législatif sur la protection de la vie privée. Cette Cour à la majorité a décidé ici que l'al. 178.16(1)(b) du *Code* doit être interprété comme englobant un consentement *ex post facto* à une interception illégale à l'origine puisque l'al. 178.16(1)(a) écarte l'exclusion lorsque l'interception

redundancy is not generally to be countenanced when assessing parts of a statute or of a single section, and that the various words must be given subject matter. On the assumption that the words "lawfully made" in s. 178.16(1)(a) cover both judicial authorization and prior consent to an interception (an assumption challenged in the dissent in *Goldman v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 976), it is difficult to escape the conclusion that to give subject matter to s. 178.16(1)(b) it must be taken to envisage *ex post facto* consents. Whether such a consent makes the illegally intercepted evidence admissible against anyone other than the consentor is more questionable. The case should nonetheless be disposed of by ordering a new trial on another ground, namely, the inducement to give the *ex post facto* consent by a promise of leniency which excluded imprisonment and which was redeemed. Such a situation is indistinguishable from the rule in confession cases even though here the conversation is already at hand and is not itself induced. There is no difference in principle between a promise of benefit to obtain an inculpatory statement and a promise of benefit to make the fruits of an illegal interception admissible by extracting a consent on the faith of the promise. Indeed the situation here is more compelling for the rule which should be applied because this is a case of saving one's own skin at the expense of another who is powerless, if a different rule is adopted, to maintain the privacy of what he believed to be a private conversation.

[*R. v. Demeter* (1975), 19 C.C.C. (2d) 321 (Ont. H.C.) applied; *Goldman v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 976; *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262; *Attorney General of Quebec v. Bégin*, [1955] S.C.R. 593; *In re Validity of s. 92(4) of The Vehicles Act 1957 (Sask.)*, [1958] S.C.R. 608; *R. v. Dass*, [1978] 3 W.W.R. 762, aff'd on another point [1979] 4 W.W.R. 97, further leave to appeal refused; *Walker v. The King*, [1939] S.C.R. 214, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario dismissing without written or recorded reasons an appeal from a conviction, based on the evidence of illegally intercepted conversations, for conspiracy to defraud through a deceitful distribution of shares. Appeal dismissed, Laskin C.J. dissenting.

est légale à l'origine. On applique donc la règle d'interprétation voulant que dans l'examen de parties d'une loi ou d'un article seulement, la redondance ne doit généralement pas être encouragée et que les différents termes doivent avoir un objet. En supposant que les termes «faite légalement» à l'al. 178.16(1)a renvoient à la fois à une interception autorisée judiciairement à une interception de consentement préalable (postulat mis en doute dans la dissidence dans l'arrêt *Goldman c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 976), il est difficile de ne pas conclure que, pour donner un objet à l'al. 178.16(1)b, il faut l'interpréter comme envisageant des consentements *ex post facto*. Il est plus discutable que pareils consentements rendent la preuve, interceptée illégalement, admissible contre une autre personne que celle qui consent. Le pourvoi doit néanmoins être tranché en ordonnant un nouveau procès pour un autre motif, savoir, l'incitation à donner un consentement *ex post facto* au moyen d'une promesse d'indulgence qui excluait l'emprisonnement et qui a été remplie. Pareille situation ne peut être distinguée de la règle applicable dans les cas de confession même si en l'espèce la conversation est déjà disponible et n'est pas elle-même extorquée. Il n'y a pas de différence de principe entre une promesse d'avantage pour obtenir une déclaration incriminante et une promesse d'avantage pour rendre les fruits d'une interception illégale admissibles en obtenant un consentement sur la foi de la promesse. En fait, la situation en l'espèce requiert d'autant plus l'application de la règle parce qu'il s'agit d'un cas où on sauve sa propre peau aux dépens d'un autre qui est impuissant, si l'on adopte une règle différente, à maintenir le caractère privé de ce qu'il croyait être une conversation privée.

[Jurisprudence: *R. v. Demeter* (1975), 19 C.C.C. (2d) 321 (H.C. Ont.), arrêt suivi; *Goldman c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 976; *Boudreau c. Le Roi*, [1949] R.C.S. 262; *Procureur général du Québec c. Bégin*, [1955] R.C.S. 593; *Renvoi relatif à la validité du par. 92(4) de The Vehicles Act 1957 (Sask.)*, [1958] R.C.S. 608; *R. v. Dass*, [1978] 3 W.W.R. 762, conf. sur un autre point [1979] 4 W.W.R. 97, autorisation de se pourvoir refusée; *Walker c. Le Roi*, [1939] R.C.S. 214.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté sans motifs écrits ou consignés un appel interjeté d'une déclaration de culpabilité de complot pour frustrer le public par une distribution dolosive d'actions, condamnation fondée sur la preuve de conversations illégalement interceptées. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin étant dissident.

C. R. Thomson, Q.C., and R. G. MacKenzie, for the appellant.

Douglas C. Hunt, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—A common law rule that has long prevailed in this country is that evidence which is relevant to the issues in a criminal trial is admissible although obtained illegally as by the commission of an offence. The rule has prevailed under the majority decision of this Court in *R. v. Wray*¹, against the attempted exercise of discretion by a trial judge to exclude evidence obtained by very disreputable means. It has prevailed, under the majority decision of this Court in *Hogan v. The Queen*², against the imperatives of the *Canadian Bill of Rights*. What is in issue here is the admissibility of evidence of illegally intercepted private conversations in the face of a statutory code for the protection of privacy. The common law rule is said to have been embedded in a statutory provision under which the illegally obtained evidence becomes admissible against an accused upon the *ex post facto* consent of others who are, moreover, moved to give their consent by a Crown promise of benefit, that being not to be imprisoned upon a plea of guilty to a conspiracy to defraud with which they were charged along with the accused. In the present case, the promise was kept when these co-accused, dealt with separately, were fined and put on probation, one of the terms being that they testify at accused's trial. This they did.

It is unfortunate that the conviction of the accused after trial by jury, based on the evidence of the illegally intercepted conversations, was affirmed by the Ontario Court of Appeal without written or recorded reasons. The present case is the first to reach this Court on the facts which I have recited. It raises for me some fundamental questions referable to the construction and application of the statutory language in which privacy is dealt with under the *Criminal Code*, and referable also to the need for clearer or more precise drafting of provisions which now appear,

¹ [1971] S.C.R. 272.

² [1975] 2 S.C.R. 574.

C. R. Thomson, c.r., et R. G. MacKenzie, pour l'appellant.

Douglas C. Hunt, pour l'intimée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—Une règle de *common law* qui prévaut depuis longtemps au Canada est qu'une preuve pertinente aux questions en litige dans un procès au criminel est admissible quoique obtenue illégalement, par exemple par la perpétration d'une infraction. Cette Cour à la majorité a fait prévaloir la règle dans l'arrêt *R. c. Wray*¹, contre la tentative par un juge de première instance d'exclure une preuve obtenue par des moyens fort peu recommandables. Cette Cour à la majorité l'a fait prévaloir dans l'arrêt *Hogan c. La Reine*², à l'encontre des prescriptions de la *Déclaration canadienne des droits*. Ce qui est contesté ici c'est l'admissibilité en preuve de conversations privées interceptées illégalement, compte tenu d'un code législatif sur la protection de la vie privée. On a fait valoir que la règle de *common law* a été cristallisée dans une disposition en vertu de laquelle une preuve obtenue illégalement devient admissible contre un accusé du consentement *ex post facto* d'autres personnes qui ont de plus été induites à y consentir par la promesse d'un avantage faite par le ministère public, soit de ne pas être emprisonnées si elles plaidaient coupables à une accusation de complot pour frustrer le public dont l'accusé et elles étaient inculpés. En l'espèce, la promesse a été tenue et les coaccusés, lors d'un procès séparé, ont été condamnés à une amende et mis en probation, dont l'une des conditions était de témoigner au procès de l'accusé. Ce qu'ils ont fait.

Il est malheureux que la Cour d'appel de l'Ontario ait confirmé sans motifs écrits ou consignés la déclaration de culpabilité de l'accusé prononcée au terme d'un procès devant jury et fondée sur la preuve des conversations interceptées illégalement. La présente affaire est la première portant sur des faits de cette nature qui soit soumise à cette Cour. Elle soulève quant à moi des questions fondamentales relativement à l'interprétation et à l'application des termes employés dans les dispositions du *Code criminel* sur la protection de la vie privée et relativement au besoin d'une rédaction plus claire

¹ [1971] R.C.S. 272.

² [1975] 2 R.C.S. 574.

under the reasons of McIntyre J. endorsed by the other members of the Court, to have given *carte blanche* to the prosecution not only to ignore illegality in the interception of private conversations (since the likelihood of prosecution is remote), but also to cure inadmissibility by promises of benefit to parties to the conversations if they would consent to their use against an accused with whom the conversations were carried on.

The provisions of the *Criminal Code* respecting protection of privacy start with s. 178.1 and are headed "Invasion of Privacy: Interception of Communications". For present purposes I need only refer to the relevant provisions of ss. 178.11 and 178.16 as they were at the material time. They are as follows:

178.11 (1) Every one who, by means of electro-magnetic, acoustic, mechanical or other device, wilfully intercepts a private communication is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for five years.

(2) Subsection (1) does not apply to

(a) a person who has the consent to intercept, express or implied, of the originator of the private communication or of the person intended by the originator thereof to receive it;

(b) a person who intercepts a private communication in accordance with an authorization or any person who in good faith aids in any way a person whom he has reasonable and probable grounds to believe is acting with any such authorization;

178.16 (1) A private communication that has been intercepted and evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication are both inadmissible as evidence against the originator thereof or the person intended by the originator thereof to receive it unless

(a) the interception was lawfully made; or

(b) the originator of the private communication or the person intended by the originator thereof to receive it has expressly consented to the admission thereof.

It is the fact that no previous consent, as is stipulated by s. 178.11(2)(a), was obtained for the interceptions in this case nor was any evidence adduced to show that judicial authorization was

ou plus précise de dispositions qui maintenant, vu les motifs du juge McIntyre endossés par les autres membres de la Cour, semblent donner carte blanche à la poursuite non seulement pour faire fi de l'illégalité de l'interception de conversations privées (la probabilité de poursuite étant faible), mais également pour remédier à l'inadmissibilité au moyen de promesses d'avantages aux parties aux conversations si elles consentent à ce que celles-ci soient utilisées contre un accusé qui y était aussi partie.

Les dispositions du *Code criminel* sur la protection de la vie privée commencent à l'art. 178.1 et sont intitulées «Atteintes à la vie privée: Interception de communications». Aux fins des présents motifs, il me suffit de citer les dispositions pertinentes des art. 178.11 et 178.16 en vigueur à l'époque en cause. Elles se lisaient comme suit:

178.11 (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans, quiconque, au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, intercepte volontairement une communication privée.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas

a) à une personne qui a obtenu, de l'auteur de la communication privée ou de la personne à laquelle son auteur la destine, son consentement exprès ou tacite à l'interception;

b) à une personne qui intercepte une communication privée en conformité d'une autorisation ni à une personne qui, de bonne foi, aide de quelque façon une autre personne qu'elle croit, en se fondant sur des motifs raisonnables et probables, agir en conformité d'une telle autorisation;

178.16 (1) Une communication privée qui a été interceptée et une preuve obtenue directement ou indirectement grâce à des renseignements recueillis par l'interception d'une communication privée sont toutes deux inadmissibles en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins

a) que l'interception n'ait été faite légalement; ou

b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve.

Il est établi qu'aucun consentement préalable, comme l'exige l'al. 178.11(2)a), n'a été obtenu pour les présentes interceptions et aucune preuve n'a été produite non plus démontrant qu'une auto-

previously sought as envisaged by s. 178.11(2)(b). The submission of the Crown, accepted below and by McIntyre J., is that the exclusion declared by the opening words of s. 178.16(1) is removed in this case under s. 178.16(1)(b) which must be taken to embrace *ex post facto* consent where the interception was originally unlawful since s. 178.16(1)(a) removes the exclusion where the interception was originally lawful. The rule of construction that is applied is that redundancy is not generally to be countenanced when assessing parts of a statute or of a single section, and the various words must be given subject matter.

On the assumption that the words "lawfully made" in s. 178.16(1)(a) cover both judicial authorization and prior consent to an interception (an assumption which I challenge in my reasons in *Goldman v. The Queen*³, issued concurrently with those in this case) it is difficult to escape the conclusion that to give subject matter to s. 178.16(1)(b) it must be taken to envisage *ex post facto* consents. It is to me more questionable, however, whether such a consent makes the evidence of the illegally intercepted conversation admissible against anyone other than the person consenting. It is one thing to immunize a person from liability under s. 178.11(2)(a) where he has the prior consent to intercept either from the originator or intended recipient of the communication or conversation. It is a different thing, a more serious departure from the policy to give protection to private communications, to permit A. to make an illegally intercepted communication between him and B. admissible against the latter by A.'s *ex post facto* consent.

Nonetheless, I would dispose of this case by ordering a new trial on another ground, namely, the inducement to give *ex post facto* consent by a promise of leniency which excluded imprisonment and which was redeemed. I cannot distinguish such a situation from the rule in confession cases even though here the intercepted conversation is

risation judiciaire a été préalablement demandée comme le prévoit l'al. 178.11(2)(b). La prétention du ministère public, acceptée par les cours d'instance inférieure et par le juge McIntyre, est que l'exclusion prévue par la première partie du par. 178.16(1) est écartée en l'espèce par l'al. 178.16(1)(b), qui doit être interprété comme englobant un consentement *ex post facto* à une interception illégale à l'origine puisque l'al. 178.16(1)(a) écarte l'exclusion lorsque l'interception est légale à l'origine. On applique la règle d'interprétation voulant que dans l'examen de parties d'une loi ou d'un article seulement, la redondance ne doit généralement pas être encouragée et que les différents termes doivent avoir un objet.

En supposant que les termes «faite légalement» à l'al. 178.16(1)(a) renvoient à la fois à une interception autorisée judiciairement et à une interception de consentement préalable (postulat que je mets en doute dans mes motifs dans l'arrêt *Goldman c. La Reine*³, rendus en même temps que ceux-ci), il est difficile de ne pas conclure que, pour donner un objet à l'al. 178.16(1)(b), il faut l'interpréter comme envisageant des consentements *ex post facto*. Il me paraît plus discutable cependant que pareils consentements rendent la preuve d'une conversation interceptée illégalement admissible contre une autre personne que celle qui consent. C'est une chose que d'accorder l'immunité de poursuite prévue à l'al. 178.11(2)(a) à une personne qui a obtenu le consentement préalable à l'interception soit de l'auteur de la conversation ou communication soit de la personne à laquelle l'auteur la destine. C'est autre chose, un accroc plus sérieux au principe de la protection des communications privées, que de permettre à A., par son consentement *ex post facto*, de rendre admissible contre B. une conversation entre lui et B. qui a été interceptée illégalement.

Je disposerais néanmoins de ce pourvoi en ordonnant un nouveau procès pour un autre motif, savoir, l'incitation à donner un consentement *ex post facto* au moyen d'une promesse d'indulgence, qui excluait l'emprisonnement et qui a été remplie. Je ne peux distinguer cette situation de la règle applicable dans les cas de confession, même si en

³ [1980] 1 S.C.R. 976, *infra*.

³ [1980] 1 R.C.S. 976, *infra*.

already at hand and is not itself induced by a previous promise of benefit or threat or advantage. I do not think there is any difference in principle between a promise of benefit to obtain an inculpatory statement and a promise of benefit to make the fruits of an illegal interception admissible by extracting a consent on the faith of the promise. The situation here is more compelling for the rule I would apply because this is not a case of inculpating oneself but of saving one's own skin at the expense of another who is powerless, if a different rule is adopted, to insist on any right to maintain the privacy of what he believed to be a private conversation.

In my opinion, the issue of voluntariness of a consent to an interception or to the admissibility in evidence of an intercepted communication bears a relation to the issue of voluntariness as it arises in confession cases. It is true that in the statements of the rationale of voluntariness in the confession cases emphasis was laid on the trustworthiness of the inculpatory statement in the light of the inducement to make it: see *Boudreau v. The King*⁴, at p. 269. The likelihood of falsity as the ground of exclusion is also seen in this Court's judgment in *Attorney General for Quebec v. Bégin*⁵. However, the law has advanced beyond this (although trustworthiness remains a factor), as is evident from the Chadbourn revision of 1970 of 3 *Wigmore on Evidence* (1970), s. 822, at pp. 329-336. The original edition of Wigmore had emphasized trustworthiness alone and it found favour in Canadian courts, but even there other factors were appreciated such as (to use the words of Rand J. *In re Validity of Section 92(4) of The Vehicles Act 1957 (Sask.)*⁶, at p. 619, referring to Wigmore and to the analogous rule against self-incrimination) "inevitable abuse and the concomitant moral deterioration in methods of obtaining evidence and in the general administration of justice in criminal matters". See also Dixon C.J. in

l'espèce la conversation interceptée est déjà disponible et n'est pas elle-même obtenue au moyen d'une promesse préalable de bénéfice ou d'avantage ou par une menace. Je ne pense pas qu'il y ait une différence de principe entre une promesse d'avantage pour obtenir une déclaration incriminante et une promesse d'avantage pour rendre les fruits d'une interception illégale admissibles en obtenant un consentement sur la foi de la promesse. La situation en l'espèce requiert d'autant plus la règle que j'appliquerais parce qu'il ne s'agit pas d'un cas où l'on s'inculpe soi-même mais d'un cas où on sauve sa propre peau aux dépens d'un autre qui est impuissant, si l'on adopte une règle différente, à exiger le respect de son droit au maintien du caractère privé de ce qu'il croyait être une conversation privée.

A mon avis, la question du caractère volontaire d'un consentement à une interception ou à l'admissibilité en preuve d'une communication interceptée est semblable à la question du caractère volontaire qui se pose dans les affaires de confession. Il est vrai que les énoncés sur le fondement du caractère volontaire dans les affaires de confession insistent sur la crédibilité de la déclaration incriminante compte tenu de l'incitation à la faire: voir *Boudreau c. Le Roi*⁴, à la p. 269. Le risque de fausseté comme motif d'exclusion ressort également de l'arrêt de cette Cour, *Procureur général du Québec c. Bégin*⁵. Cependant, le droit a évolué depuis (bien que la crédibilité demeure un facteur), comme il ressort de la révision par Chadbourn en 1970 de 3 *Wigmore on Evidence* (1970), n° 822, aux pp. 329 à 336. L'édition originale de Wigmore avait insisté sur la crédibilité seulement, critère que les cours canadiennes ont adopté, mais même alors d'autres facteurs entraient en ligne de compte comme (pour utiliser les termes du juge Rand dans le *Renvoi relatif à la validité du paragraphe 92(4) de The Vehicles Act 1957 (Sask.)*⁶, à la p. 619, où il renvoie à Wigmore et à la règle analogue contre l'auto-accusation) [TRADUCTION] «l'abus inévitable et la détérioration morale concomitante des méthodes d'obtention de preuve et de l'administra-

⁴ [1949] S.C.R. 262.

⁵ [1955] S.C.R. 593.

⁶ [1958] S.C.R. 608.

⁴ [1949] R.C.S. 262.

⁵ [1955] R.C.S. 593.

⁶ [1958] R.C.S. 608.

*McDermott v. The King*⁷, at p. 513. Certainly, if trustworthiness was alone relevant, then in the present case there could be no doubt that the confession rule would be irrelevant on the issue of voluntariness when the interception had been made (albeit illegally) before consent to admission in evidence was obtained by the promise of benefit.

The advance of other rationales than truth or falsity in the American cases, e.g. the control of illegal police methods in the inducement of a confession, owes much to the due process clause of the United States constitution: see *Rogers v. Richmond*⁸, at p. 540; *Jackson v. Denno*⁹, at p. 385. They suggest a similar adaptation of the due process clause of the *Canadian Bill of Rights*, but I do not see the need here to rest entirely on this because I hold the view that where, as here, we are dealing with statutory procedures, unfairness or impropriety in effecting an interception or in making an intercepted communication admissible in evidence is as relevant a rationale as reliability of the evidence.

I do not regard it as necessary that a person who acts at the behest of the public or prosecution, on a promise of benefit to him, be shown to be one in authority when he originates a private communication to be intercepted by the police or consents *ex post facto* to the admission in evidence of an illegally intercepted communication with the accused. In this respect, I would not apply the confession rules to the present case. What does concern me is that the accused is made an innocent pawn in the loss of his expectation of privacy. I am of the opinion that the statutory policy of protection of privacy demands, in view of the vulnerability of an accused's position at the hands of a confederate, pressed into police service, that a strict view be taken of the voluntary character of

tion générale de la justice en matière criminelle». Voir aussi le juge en chef Dixon dans *McDermott v. The King*⁷, à la p. 513. Il est manifeste que si la crédibilité était le seul facteur pertinent, il n'y aurait en l'espèce aucun doute que la règle applicable aux confessions ne serait pas pertinente à la question du caractère volontaire si l'interception a été faite (quoique illégalement) avant que ne soit obtenu le consentement à son admission en preuve par la promesse d'un avantage.

Le progrès des fondements autres que la vérité ou la fausseté dans la jurisprudence américaine, par ex. le contrôle de méthodes policières illégales dans l'obtention d'une confession, est dû en bonne partie à la clause d'application régulière de la loi de la constitution des États-Unis: voir *Rogers v. Richmond*⁸, à la p. 540; *Jackson v. Denno*⁹, à la p. 385. Ces arrêts suggèrent une adaptation semblable de la clause d'application régulière de la loi de la *Déclaration canadienne des droits*, mais je n'estime pas qu'il soit nécessaire de s'appuyer exclusivement là-dessus ici, étant d'avis que, lorsque comme en l'espèce nous examinons des procédures établies par la loi, l'injustice ou l'acte incorrect relatif à une interception ou à l'admissibilité admissible en preuve d'une communication interceptée, constituent un fondement tout aussi pertinent que la crédibilité de la preuve.

Je suis d'avis qu'il n'est pas nécessaire qu'une personne qui agit pour le compte du public ou de la poursuite, sur une promesse d'avantage pour elle, soit une personne ayant autorité quand elle est l'auteur d'une communication privée que la police doit intercepter, ou consent *ex post facto* à l'admission en preuve d'une communication avec l'accusé illégalement interceptée. A cet égard, je n'appliquerais pas les règles relatives à une confession. Ce qui me préoccupe c'est que l'accusé, devenu un pion innocent, perd la protection contre les atteintes à sa vie privée à laquelle il s'attend. Je suis d'avis que le principe légal de la protection de la vie privée exige, vu la vulnérabilité de la position d'un accusé aux mains d'un complice enrôlé par la police, que l'on interprète strictement le caractère

⁷ (1948), 76 C.L.R. 501.

⁸ 365 U.S. 534 (1961).

⁹ 378 U.S. 368 (1964).

⁷ (1948), 76 C.L.R. 501.

⁸ 365 U.S. 534 (1961).

⁹ 378 U.S. 368 (1964).

the confederate's conduct in destroying an accused's expectation of privacy.

There are American cases which take a different view, namely, that a mere promise of leniency is not enough to vitiate consent to an interception unless there has been undue pressure to procure it: see *United States v. Silva*¹⁰, at p. 146; *United States v. Baker*¹¹, at p. 503; *United States v. Osser*¹², at p. 730. These were cases relating to prior consent to arrange for an interception and not like the situation here which concerns *ex post facto* consent. However, the principle, if adopted, is as applicable to the one situation as to the other. Whether on the facts here there can be said to have been overbearing pressure is doubtful, especially in light of the fact that the consentors gave evidence at the trial. Nonetheless, I adhere to the stricter view which would exclude the evidence of the intercepted communication because of the initiative of the police in obtaining the consents, especially at a time when the consentors were as much under charge as the accused.

I agree with what was said by Hamilton J. of the Manitoba Queen's Bench in *R. v. Dass*¹³ that the onus is on the Crown to prove that the consent was voluntary and that, as Duff C.J.C. indicated in *Walker v. The King*¹⁴, this means that there is an absence of fear of prejudice or hope of advantage held out by persons in authority. This was not met in the present case. The *Dass* case went to the Manitoba Court of Appeal on another point: see [1979] 4 W.W.R. 97 and leave to appeal here was refused on December 13, 1979.

I would, accordingly, allow the appeal, set aside the conviction and order a new trial.

¹⁰ 449 F. 2d 145 (1971), cert. denied 405 U.S. 918 (1975).

¹¹ 430 F. 2d 499 (1970), cert. denied 400 U.S. 957 (1970).

¹² 483 F. 2d 727 (1973), cert. denied 414 U.S. 1028 (1973).

¹³ [1978] 3 W.W.R. 762.

¹⁴ [1939] S.C.R. 214.

volontaire de la conduite du complice dans la destruction de la protection de la vie privée à laquelle l'accusé s'attend.

Des décisions américaines adoptent une optique différente, savoir, qu'une simple promesse d'indulgence ne suffit pas à vicier le consentement à une interception à moins qu'il n'ait été obtenu par une contrainte indue: voir *United States v. Silva*¹⁰, à la p. 146; *United States v. Baker*¹¹, à la p. 503; *United States v. Osser*¹², à la p. 730. Ces affaires portent sur le consentement préalable à une interception et non comme en l'espèce sur un consentement *ex post facto*. Cependant, le principe, si on l'adopte, s'applique autant dans un cas que dans l'autre. Il est douteux qu'en l'espèce, vu les faits, l'on puisse dire qu'une contrainte indue a été exercée, notamment à la lumière du fait que les personnes qui ont consenti ont témoigné au procès. Néanmoins, j'adhère à l'interprétation plus stricte qui exclurait la preuve de la communication interceptée, à cause de l'initiative policière pour obtenir les consentements, surtout à un moment où des accusations pesaient tout autant contre les personnes qui les ont donnés que contre l'accusé.

Je suis d'accord avec ce qu'a dit le juge Hamilton de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba dans l'arrêt *R. v. Dass*¹³ que le ministère public a l'obligation de prouver le caractère volontaire du consentement et que, comme l'a indiqué le juge en chef Duff dans l'arrêt *Walker c. Le Roi*¹⁴, cela signifie qu'il ne doit pas y avoir crainte d'un préjudice ou espoir d'un avantage promis par une personne ayant autorité. Cette obligation n'a pas été remplie en l'espèce. L'affaire *Dass* a été soumise à la Cour d'appel du Manitoba sur un autre point: voir [1979] 4 W.W.R. 97 et l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour a été refusée le 13 décembre 1979.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès.

¹⁰ 449 F. 2d 145 (1971), cert. refusé 405 U.S. 918 (1975).

¹¹ 430 F. 2d 499 (1970), cert. refusé 400 U.S. 957 (1970).

¹² 483 F. 2d 727 (1973), cert. refusé 414 U.S. 1028 (1973).

¹³ [1978] 3 W.W.R. 762.

¹⁴ [1939] R.C.S. 214.

The judgment of Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte and McIntyre JJ. was delivered by

MCINTYRE J.—The appellant, along with eight other persons, was charged with conspiracy to defraud the public of money or valuable securities through a deceitful distribution of the shares of Somed Mines Limited contrary to s. 423(1)(d) and s. 338(1) of the *Criminal Code*. At his trial before judge and jury, the Crown tendered wiretap evidence of private conversations between the appellant and three other conspirators who had originally been co-accused, namely, Bader, Smith and Lindzon. The Crown relied on the express consents of these three individuals to render this evidence admissible under s. 178.16(1)(b) of the *Criminal Code*. No attempt was made to prove that the wiretaps were judicially authorized.

The consents in question had been obtained from Smith, Bader and Lindzon on March 4 and 5, 1976, only four days before the commencement of the appellant's trial on March 8 and long after the interceptions had been made. The three co-accused attended at R.C.M.P. Headquarters in Toronto in order to hear tape recordings of interceptions of telephone conversations made from July to September of 1974. Before hearing the tapes, each man, acting upon counsel's advice, signed a consent to the use in evidence of any intercepted conversation in which he had participated. Prior to this date, they had been supplied with transcripts of the conversations. On March 5, the three attended in Provincial Court and each pleaded guilty to the charge of conspiring to defraud the public. Each was fined and placed on probation. It was a term of the probation order that they be available to testify at the appellant's trial. They did appear at the trial and in giving evidence each reaffirmed his consent under oath in his evidence on the *voir dire* to determine the admissibility of the interceptions. Each testified under cross-examination that the fear of going to jail was the governing factor in his decision to consent to the admission of the wiretap evidence, and each agreed that he would not have so consented in the absence of an understanding with

Version française du jugement des juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte et McIntyre rendu par

LE JUGE MCINTYRE—L'appelant, avec huit autres personnes, a été accusé de complot pour frustrer le public d'argent ou de valeurs par une distribution dolosive des actions de Somed Mines Limited contrairement à l'al. 423(1)d) et au par. 338(1) du *Code criminel*. Au procès devant juge et jury, le ministère public a produit en preuve l'interception de conversations privées entre l'appelant et trois autres conspirateurs qui avaient d'abord été coaccusés, soit, Bader, Smith et Lindzon. Le ministère public s'appuie sur les consentements exprès de ces trois personnes pour rendre cette preuve admissible conformément à l'al. 178.16(1)b) du *Code criminel*. On n'a pas tenté de prouver que les interceptions avaient été autorisées judiciairement.

Les consentements en question ont été obtenus de Smith, Bader et Lindzon les 4 et 5 mars 1976, quatre jours seulement avant le début du procès de l'appelant le 8 mars et bien après que les interceptions eurent été faites. Les trois coaccusés se sont rendus au quartier général de la G.R.C. à Toronto pour écouter les enregistrements des interceptions de conversations téléphoniques faites entre juillet et septembre 1974. Avant d'écouter les enregistrements, ils ont chacun, sur les conseils de leur avocat, signé un consentement à ce que soit utilisée en preuve toute conversation interceptée à laquelle ils avaient participé. Avant cette date, on leur avait fourni les transcriptions des conversations. Le 5 mars, ils ont comparu tous les trois en Cour provinciale et chacun a plaidé coupable à l'accusation de complot pour frustrer le public. Chacun s'est vu imposer une amende et placé en probation. Une condition de l'ordonnance de probation était d'être disponible pour témoigner au procès de l'appelant. Ils ont effectivement témoigné au procès où ils ont tous confirmé leur consentement sous serment donné lors de leur témoignage au voir dire tenu sur l'admissibilité des interceptions. Ils ont tous témoigné en contre-interrogatoire que la crainte de l'emprisonnement avait été le facteur principal de leur décision de consentir à l'admission en preuve de l'interception, et reconnu qu'ils

counsel for the Crown that imprisonment would not be sought upon his conviction.

The trial judge ruled that the consents rendered the wiretap evidence admissible and the appellant was convicted. An appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed without written or recorded reasons. Both parties agreed that if the wiretap evidence had not been admitted, it would be impossible to say with any degree of certainty whether a jury would have convicted or acquitted the appellant. This agreement was reached to suggest that the proper relief in the event of a successful appeal would be a new trial.

In the hearing before us the appellant raised three points. He contended that a consent under s. 178.16(1)(b) must, in order to be effective, be obtained prior to the interception; that evidence of interceptions not lawfully made and rendered admissible only by a consent or consents under s. 178.16(1)(b) could be admissible against a consenter only and not other parties; that any consent must be freely given and not induced by any promise or threat by the Crown.

I now turn to the first point taken by the appellant that the consent referred to in s. 178.16(1)(b) must be obtained by the Crown before the interception is made. Section 178.11 of the *Code* deals with the electronic interception of private communications and the parts relevant to this point are set out hereunder:

178.11 (1) Every one who, by means of electromagnetic, acoustic, mechanical or other device, wilfully intercepts a private communication is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for five years.

(2) Subsection (1) does not apply to

(a) a person who has the consent to intercept, express or implied, of the originator of the private communication or of the person intended by the originator thereof to receive it;

(b) a person who intercepts a private communication in accordance with an authorization or any person

n'y auraient pas consenti en l'absence d'une entente avec le substitut du procureur général que ce dernier ne réclamerait pas l'emprisonnement suite à leur déclaration de culpabilité.

Le juge du procès a décidé que les consentements rendaient les interceptions admissibles en preuve et l'appelant a été déclaré coupable. Un appel à la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté sans motifs écrits ou consignés. Les deux parties ont reconnu que si les interceptions n'avaient pas été admises en preuve, il est impossible de prédire avec un certain degré de certitude si un jury aurait déclaré l'appelant coupable ou l'aurait acquitté. On est venu à cette entente pour proposer que le redressement approprié, si le pourvoi réussissait, serait un nouveau procès.

A l'audition devant nous l'appelant a soulevé trois points. Il a soutenu qu'un consentement donné conformément à l'al. 178.16(1)b) doit, pour être valide, être obtenu avant l'interception; que la preuve d'interceptions illégalement faites et qui ne sont rendues admissibles que par un ou des consentements en vertu de l'al. 178.16(1)b) n'est admissible que contre une personne qui y a consenti et non contre d'autres parties; que tout consentement doit être donné librement et ne doit pas être obtenu par une promesse ou une menace de la part du ministère public.

J'examine maintenant le premier argument de l'appelant que le consentement dont parle l'al. 178.16(1)b) doit être obtenu par le ministère public avant que l'interception ne soit faite. L'article 178.11 du *Code* traite de l'interception électronique de communications privées et en voici les parties qui portent sur ce point:

178.11 (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans, quiconque, au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, intercepte volontairement une communication privée.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas

a) à une personne qui a obtenu, de l'auteur de la communication privée ou de la personne à laquelle son auteur la destine, son consentement exprès ou tacite à l'interception;

b) à une personne qui intercepte une communication privée en conformité d'une autorisation ni à une per-

who in good faith aids in any way a person whom he has reasonable and probable grounds to believe is acting with any such authorization;

Section 178.16, as it then read, deals with the admissibility of evidence obtained by electronic interception of private communications and the relevant parts are set out hereunder:

178.16 (1) A private communication that has been intercepted and evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication are both inadmissible as evidence against the originator thereof or the person intended by the originator thereof to receive it unless

- (a) the interception was lawfully made; or
- (b) the originator of the lawful communication or the person intended by the originator thereof to receive it has expressly consented to the admission thereof.

In my opinion, this argument is based upon a failure to distinguish between the consent to intercept referred to in s. 178.11(2)(a) and the consent to admit in evidence under s. 178.16(1)(b). The consent to intercept under s. 178.11(2)(a), if it is to be effective to render an interception lawful, must plainly precede the interception. When it has been given and the interception completed, it has performed its role. No further consent is needed for the admission in evidence because the interception has been lawfully made: see judgment in *Goldman v. The Queen*¹⁵ delivered concurrently herewith. The consent to admission in evidence under s. 178.16(1)(b) serves a fundamentally different purpose. It is to permit the use in evidence of an interception made without authorization or consent and hence unlawfully made and otherwise inadmissible. It can be procured at any time after the interception and up to the time the evidence is tendered at trial.

The second point taken by the appellant raised the following questions. Assuming a valid consent to the introduction of evidence by the originator of the communication or by the intended receiver, against whom may the evidence be received? In the case at bar, we have three persons who had been either originators or recipients of private

sonne qui, de bonne foi, aide de quelque façon une autre personne qu'elle croit, en se fondant sur des motifs raisonnables et probables, agir en conformité d'une telle autorisation;

L'article 178.16, en vigueur à l'époque, traite de l'admissibilité d'une preuve obtenue au moyen de l'interception électronique de communications privées et en voici les parties pertinentes:

178.16 (1) Une communication privée qui a été interceptée et une preuve obtenue directement ou indirectement grâce à des renseignements recueillis par l'interception d'une communication privée sont toutes deux inadmissibles en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins

- a) que l'interception n'ait été faite légalement; ou
- b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve.

A mon avis, cet argument omet de distinguer le consentement à l'interception que mentionne l'al. 178.11(2)a) de celui à l'admission en preuve dont traite l'al. 178.16(1)b). Le consentement à l'interception visé à l'al. 178.11(2)a), s'il doit avoir pour effet de rendre une interception légale, doit de toute évidence la précéder. Lorsqu'il a été donné et que l'interception a été complétée, il a joué son rôle. Aucun autre consentement n'est nécessaire à l'admission en preuve puisque l'interception a été faite légalement: voir l'arrêt *Goldman c. La Reine*¹⁵ rendu en même temps que celui-ci. Le consentement à l'admission en preuve visé à l'al. 178.16(1)b) sert une fin fondamentalement différente, soit de permettre l'utilisation en preuve d'une interception faite sans autorisation ou consentement, donc faite illégalement et par ailleurs inadmissible. Il peut être obtenu à tout moment après l'interception jusqu'au moment où la preuve est produite au procès.

Le deuxième argument de l'appelant porte sur les questions suivantes. Si l'on tient pour acquis que l'auteur de la communication ou la personne à qui il la destine a donné un consentement valide à la production en preuve, contre qui la preuve peut-elle être produite? En l'espèce, nous avons trois personnes qui étaient soit les auteurs des commu-

¹⁵ [1980] 1 S.C.R. 976, *infra*.

¹⁵ [1980] 1 R.C.S. 976, *infra*.

communications which were relevant to the issues in the case involving themselves and the appellant. In return for their cooperation with the Crown, which included the giving of consents to the admission of the evidence, they received lenient treatment upon their pleas of guilty and were thus removed from the proceedings. The appellant argued that ordinary justice and sound legal principle required that evidence made admissible by consent in this manner should be admitted only against the consenter or consenters and not against other parties to the private communications. In the circumstances of this case, acceptance of this proposition would exclude the evidence entirely. To permit the evidence to be introduced against a non-consenter, it was said, would make the admissibility of evidence against an accused dependent not upon the application of rules of law but upon the whim of a co-accused or, as here, a person no longer a party to the proceedings. To admit evidence against one party upon the consent of another in this manner would deprive an accused of a protection the law has given him against the use of evidence at his trial obtained by unlawful interception.

This question has not been dealt with in this Court and there is little reported authority upon the point. We were referred to the case of *R. v. Demeter*¹⁶ at p. 330, where Grant J. dealt with a similar submission and rejected the argument that the evidence could be received only against the consenter. In my opinion, he dealt with the matter correctly. He pointed out that the words of s. 178.16 are unambiguous and it is not necessary, in order to give them effect, to read the section as if it included the word "respectively" after "originator thereof" or "the person intended to receive it" so that the section would read:

178.16 (1) A private communication that has been intercepted and evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication are both inadmissible as evidence against the originator thereof or the person intended by the originator thereof, respectively, to receive it unless

¹⁶ (1975), 19 C.C.C. (2d) 321 (Ont. H.C.).

nications privées qui sont pertinentes aux questions en litige ici entre l'appellant et eux-mêmes, soit les personnes auxquelles ces communications étaient destinées. En échange de leur coopération avec le ministère public, ce qui incluait leur consentement à l'admission de la preuve, elles ont été traitées avec indulgence après avoir plaidé coupables et avoir été ainsi exclues des poursuites. L'appellant soutient que la simple justice et des principes juridiques sains exigent que la preuve rendue ainsi admissible par consentement ne devrait être admise que contre celui ou ceux qui ont consenti et non contre d'autres parties aux communications privées. Dans les circonstances de l'espèce, accepter cette proposition exclurait toute la preuve. Permettre que la preuve soit produite contre une partie non consentante, a-t-on dit, ferait dépendre l'admissibilité d'une preuve contre un accusé non de l'application de règles de droit, mais du caprice d'un coaccusé ou, comme ici, d'une personne qui n'est plus partie aux procédures. Admettre de cette façon une preuve contre une partie sur le consentement d'une autre priverait un accusé de la protection que la loi lui accorde contre l'utilisation, à son procès, d'une preuve obtenue au moyen d'une interception illégale.

Cette question n'a pas encore été examinée par cette Cour et il n'y a que peu de jurisprudence publiée sur ce point. On a renvoyé la Cour à l'arrêt *R. v. Demeter*¹⁶ à la p. 330, dans lequel le juge Grant a examiné et rejeté un argument semblable, savoir, que la preuve ne pouvait être admise que contre celui qui y avait consenti. A mon avis, il a disposé de la question correctement. Il a souligné que les termes de l'art. 178.16 ne sont pas ambigus et qu'il n'est pas nécessaire, pour leur donner effet, de lire l'article comme s'il comprenait le terme «respectivement» après «son auteur» ou «la personne à laquelle son auteur la destinait» de sorte que l'article se lirait comme suit:

178.16 (1) Une communication privée qui a été interceptée et une preuve obtenue directement ou indirectement grâce à des renseignements recueillis par l'interception d'une communication privée sont toutes deux inadmissibles en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait, respectivement, à moins

¹⁶ (1975), 19 C.C.C. (2d) 321 (H.C. Ont.).

(a) ...

(b) the originator of the private communication or the person intended by the originator thereof, respectively, to receive it has expressly consented to the admission thereof.

(The emphasis is my own.)

To do so would be to introduce unnecessary words into the section which are not required to clarify any ambiguity. It may be observed that the approach adopted by Grant J. in the *Demeter* case is the one largely adopted in American jurisdictions, admittedly upon a different statutory and constitutional base: see *United States of America v. James Ryan*, *United States of America v. Adrian Wilson*, *United States of America v. Bernard Zeldin*¹⁷, United States Court of Appeals, Ninth Circuit; *United States of America v. John Elbert Ransom et al.*¹⁸, United States Court of Appeals, Fifth Circuit; *United States Court of America v. Frank John Bonanno*¹⁹, United States Court of Appeals, Second Circuit, and generally *The Law of Electronic Surveillance*, James G. Carr, with specific reference to p. 90, para. 3.05.

Finally, the appellant argued that any consent of the nature involved here must be a *bona fide* and freely given consent and not induced by promised benefits or compelled by threats. It was said that the consent should meet the same test of admissibility as that which applies to a statement made by an accused person to police officers after arrest. I cannot accept this conclusion. The consent must, in my opinion, be given voluntarily in the sense that it may not be the result of coercion. It must be the conscious act of the consenter freely performed for reasons of his own which appear to him to be sufficient. The consent will not be vitiated, however, because the motives for it may be selfish or even reprehensible. I am not persuaded by the argument that the requirements governing the admission of confessions by accused persons should apply where the validity of a consent under s. 178.16(1)(b) of the *Criminal Code* is examined. In such a case, very different considerations apply.

¹⁷ 548 F. 2d 782 (1976).

¹⁸ 515 F. 2d 885 (1975).

¹⁹ 487 F. 2d 654 (1973).

a) ...

b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait, respectivement, n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve.

(C'est moi qui souligne.)

Agir ainsi serait introduire dans l'article des termes superflus qui ne sont pas nécessaires pour clarifier quelque ambiguïté. On peut noter que la façon dont le juge Grant a abordé la question dans l'affaire *Demeter* est celle généralement adoptée par les tribunaux américains, quoique sur un fondement législatif et constitutionnel différent: voir *United States of America v. James Ryan*, *United States of America v. Adrian Wilson*, *United States of America v. Bernard Zeldin*¹⁷, United States Court of Appeals, Ninth Circuit; *United States of America v. John Elbert Ransom et al.*¹⁸, United States Court of Appeals, Fifth Circuit; *United States Court of America v. Frank John Bonanno*¹⁹, United States Court of Appeals, Second Circuit, et généralement *The Law of Electronic Surveillance*, James G. Carr, notamment à la p. 90, par. 3.05.

Enfin, l'appelant a soutenu qu'un consentement de la nature de celui en cause ici doit être donné librement et de bonne foi et ne pas être obtenu par la promesse d'avantages ni extorqué par des menaces. On a dit que le consentement devait satisfaire le même critère d'admissibilité que celui qui s'applique à une déclaration faite par un prévenu à des agents de police après son arrestation. Je ne peux accepter cette conclusion. Le consentement doit, à mon avis, être donné volontairement en ce sens qu'il ne peut être le résultat de la contrainte. Il doit s'agir de l'acte conscient de la personne qui consent, un acte accompli librement, pour des motifs qui lui sont propres et lui semblent suffisants. Cependant, le consentement ne sera pas invalidé parce que les motifs peuvent en être égoïstes ou même répréhensibles. Je ne suis pas convaincu par l'argument que les exigences qui régissent l'admission de confessions faites par des prévenus doivent s'appliquer lorsqu'on examine la

¹⁷ 548 F. 2d 782 (1976).

¹⁸ 515 F. 2d 885 (1975).

¹⁹ 487 F. 2d 654 (1973).

The consentor is consenting to the use in evidence of tapes or other recordings which have been previously recorded and which he cannot change. He is not agreeing to make a statement which he could invent nor to give evidence *in futuro* which he could colour in the hope of reward or benefit. The nature of the evidence which will be admitted as a result of his consent is already fixed and determined and cannot be affected by the circumstances of the consent: see *Goldman v. The Queen, supra*. I would dismiss the appeal.

I observe, in conclusion, that I feel compelled to reach this result by the plain terms of the statute. I have sympathy for the contention that Parliament, in enacting provisions for the protection of a right to privacy, should not be taken to have intended this result, allowing, as it does, the unilateral destruction of any such right by one party to a protected conversation. The parliamentary intention, however, must be found in the words Parliament employed. In my view, they are intractable.

Appeal dismissed, LASKIN C.J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Campbell, Godfrey and Lewtas, Toronto.

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

validité d'un consentement visé à l'al. 178.16(1)b du *Code criminel*. En pareil cas, des considérations très différentes s'appliquent. La personne qui consent, consent à l'utilisation en preuve de bandes magnétiques ou d'autres enregistrements qui existent déjà et qu'elle ne peut modifier. Elle ne convient pas de faire une déclaration qu'elle pourrait inventer ni de rendre un témoignage dans l'avenir qu'elle pourrait fausser dans l'espoir d'un avantage ou d'une récompense. La nature de la preuve qui sera admise par suite de son consentement est déjà fixée et déterminée et ne peut être touchée par les circonstances du consentement: voir *Goldman c. La Reine, précité*. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Je note, en conclusion, que je m'estime obligé par les termes clairs de la loi d'en arriver à ce résultat. Je suis sensible à la prétention qu'on ne devrait pas prêter au Parlement, qui a adopté des dispositions pour la protection du droit à la vie privée, l'intention d'avoir voulu ce résultat qui permet effectivement la destruction unilatérale de ce droit par une partie à une conversation privée. Cependant, on doit dégager l'intention du législateur des termes qu'il a employés. A mon avis, ceux-ci sont inébranlables.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LASKIN étant dissident.

Procureurs de l'appelant: Campbell, Godfrey and Lewtas, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Gordon David Goldman *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1979: March 14; 1979: December 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Conspiracy to possess counterfeit money — Evidence — Admissibility — Conversations recorded by consent of one party — Proof of consent — Consenter not a witness — Criminal Code, ss. 178.1, 178.11(2)(a), 178.16(1) — Protection of Privacy Act, 1973-74 (Can.), c. 50.

Evidence — Interception — Conversations intercepted by consent — Direct conversation — Telephone conversation — Admissibility — Voluntariness of consent — Proof of consent — Criminal Code, ss. 178.1, 178.11(2)(a), 178.16(1) — Protection of Privacy Act, 1973-74 (Can.), c. 50.

Appellant Goldman was acquitted on a charge of conspiracy with one Cremascoli (now deceased), one Dwyer, and others unknown, to possess counterfeit American money. The Crown case depended on the admission in evidence of recordings made by police of two conversations on May 20, 1976 between Dwyer and appellant. The first was a telephone conversation and the second a direct conversation during which Dwyer was fitted with a concealed device and from which transmissions were recorded by the police who were some distance away. Dwyer, arrested in the U.S., was found to be in possession of counterfeit U.S. money and to avoid serious punishment agreed to assist the police. He was brought to Canada and gave a consent in writing to the interception of his conversations with Goldman. After completing his part in the matter he returned to the U.S. and has not since been seen by agents of the Crown. Dwyer was not called as a witness at the trial and after a lengthy *voir dire* the trial judge refused to admit the evidence. The judge concluded that Dwyer had given *bona fide* consent to the interception but also that the interceptions having been made without judicial authority were not lawfully made within s. 178.16(1)(a) of the *Criminal Code* and therefore, that since Dwyer's consent did not include a consent to the admission of evidence under s. 178.16(1)(b), the evi-

Gordon David Goldman *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1979: 14 mars; 1979: 21 décembre.

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

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

Droit criminel — Complot pour possession de monnaie contrefaite — Preuve — Admissibilité — Conversations enregistrées du consentement d'une partie — Preuve du consentement — Celui qui consent n'est pas un témoin — Code criminel, art. 178.1, 178.11(2)a), 178.16(1) — Loi sur la protection de la vie privée, 1973-74 (Can.), chap. 50.

Preuve — Interception — Conversations interceptées de consentement — Conversation en personne — Conversation téléphonique — Admissibilité — Caractère volontaire du consentement — Preuve du consentement — Code criminel, art. 178.1, 178.11(2)a), 178.16(1) — Loi sur la protection de la vie privée, 1973-74 (Can.), chap. 50.

L'appellant Goldman a été acquitté d'une accusation de complot avec un nommé Cremascoli (maintenant décédé), un nommé Dwyer, et d'autres personnes inconnues, pour possession de monnaie américaine contrefaite. La preuve de la poursuite dépend de l'admission d'enregistrements que la police a faits de deux conversations entre Dwyer et l'appellant le 20 mai 1976. La première est une conversation téléphonique et la seconde, une conversation en personne pendant laquelle Dwyer portait, dissimulé sur sa personne, un dispositif dont les émissions ont été enregistrées par la police qui se tenait à quelque distance. Dwyer, arrêté aux É.-U., a été trouvé en possession de monnaie américaine contrefaite et pour éviter une lourde peine, a donné son consentement écrit à ce que la police intercepte ses conversations avec Goldman. Une fois son rôle rempli, il est retourné aux É.-U. et n'a pas été vu depuis par les représentants du ministère public. Dwyer n'a pas témoigné au procès et après un long voir dire, le juge du procès a refusé d'admettre la preuve. Le juge a conclu que Dwyer avait donné un consentement valide à l'interception, mais aussi que les interceptions, faites sans autorisation judiciaire, n'étaient pas faites légalement au sens de l'al. 178.16(1)a) du *Code criminel*; il a donc décidé que, comme le consentement de Dwyer ne comprenait pas son consentement à l'admission en preuve

dence was excluded. The Court of Appeal however accepted the trial judge's finding as to the nature of Dwyer's consent, but held that such consent made the interception lawful and that the evidence was admissible under s. 178.16(1)(a). A new trial was accordingly ordered.

Held (Laskin C.J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte and McIntyre JJ.: In addition to its submissions on the points raised by the appellant the Crown argued that the intercepted conversations were not private communications within the meaning of s. 178.1 of the *Criminal Code* because Dwyer, who originated them, had consented to and knew of the interception and that accordingly Part IV.1 of the *Code* did not apply and the conversations were admissible under the common law rules of evidence. The point was not argued at trial and not decided by the Court of Appeal which relied on other grounds for its decision. Once under the definition of "private communication", it is the originator's state of mind that is decisive. If Dwyer was the sole originator of the communications then they were not private within the terms of the *Protection of Privacy Act* and they would not be subject to the terms of Part IV.1 of the *Criminal Code*. There is however the distinction that the *Code* speaks of a "private communication" and not of a "private conversation". It would be an over simplification to say that, in the case of a telephone conversation, the "originator of the private communication" is the person who made the call; or that in the case of a direct conversation the originator was either the arranger of the meeting or the person who made the first remark. Conversation is the broader term and includes an interchange of a series of communications. It is consistent with the scheme of Part IV.1 to consider that the originator of a private communication (under s. 178.1) is the person who makes the remark or series of remarks which the Crown seeks to adduce in evidence. Such a person, speaking with a reasonable expectation of privacy, who makes statements in an electronically intercepted conversation, has, as the originator of them, the protection of the privacy provisions of the *Criminal Code*. The admissibility of the statements at any subsequent trial will depend on Part IV.1 of the *Code*. To the extent that the conversations in this appeal were originated by the appellant they were private under the Act.

While there had been no judicial authorization for the interceptions and the Crown relied solely on a consent to intercept under s. 178.11(2)(a), it is clear, first, that

exigé à l'al. 178.16(1)b), la preuve n'a pas été admise. La Cour d'appel a cependant accepté la conclusion du juge du procès quant à la nature du consentement de Dwyer, mais elle a statué que pareil consentement rendait l'interception légale et que la preuve était admissible en vertu de l'al. 178.16(1)a). Un nouveau procès a par conséquent été ordonné.

Arrêt (le juge en chef Laskin est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte et McIntyre: En plus des arguments qu'il a soumis sur les points soulevés par l'appelant, le ministère public a fait valoir que les conversations interceptées n'étaient pas des communications privées au sens de l'art. 178.1 du *Code criminel* parce que Dwyer, qui en était l'auteur, avait consenti à l'interception et était au courant de celle-ci; par conséquent, la Partie IV.1 du *Code* ne s'applique pas et les conversations sont admissibles selon les règles de preuve de *common law*. On n'a pas plaidé ce point au procès et la Cour d'appel ne l'a pas tranché parce qu'elle a fondé sa décision sur d'autres motifs. Selon la définition de «communication privée», c'est l'état d'esprit de l'auteur qui est décisif. Si Dwyer était l'unique auteur des communications, alors celles-ci n'étaient pas privées aux termes de la *Loi sur la protection de la vie privée* et elles ne seraient pas soumises aux dispositions de la Partie IV.1 du *Code criminel*. Il y a cependant le fait que le *Code* parle d'une «communication privée» et non d'une «conversation privée». Ce serait trop simplifier de dire, dans le cas d'une conversation téléphonique, que l'auteur de la communication privée est la personne qui a appelé, ou, dans le cas d'une conversation en personne, que l'auteur est soit celui qui a organisé la rencontre soit celui qui a prononcé les premiers mots. Le terme conversation est plus large et inclut l'échange d'une série de communications. Considérer que l'auteur d'une communication privée (au sens de l'art. 178.1) est la personne qui fait la remarque ou série de remarques que le ministère public cherche à produire en preuve est compatible avec l'économie de la Partie IV.1. Pareille personne, qui peut raisonnablement s'attendre à une certaine intimité et qui fait des déclarations au cours d'une conversation interceptée électroniquement, bénéficie, comme auteur, des dispositions de protection de la vie privée du *Code criminel*. L'admissibilité des déclarations à un procès subséquent sera soumise à la Partie IV.1 du *Code*. Dans la mesure où l'appelant est l'auteur des conversations dans ce pourvoi, elles étaient privées au sens de la Loi.

Bien qu'aucune autorisation judiciaire des interceptions n'ait été accordée et que le ministère public se soit appuyé uniquement sur un consentement à l'interception

prior to the passing of the *Protection of Privacy Act* interceptions such as these were lawful and further that the only *Criminal Code* provision which could render them unlawful is s. 178.11(1). Subsection (2) of s. 178.11 excepts from the strictures of subs. (1) an interception by consent. A consent interception under s. 178.11(2) is thus unaffected by subs. (1) and remains lawful. The interceptions here, if made with a valid consent, would be lawful under s. 178.16(1) and evidence thereof admissible.

The courts below did not err in their determination of what constituted consent. Consent must be voluntary (*i.e.* free from coercion) and made knowingly, with an awareness of the significance of the consent. On the evidence here the consent was valid and legally effective.

Finally the admission of the signed consent of Dwyer did not contravene the hearsay rule—Dwyer not having been called to give evidence at the trial. The consent in question [under s. 178.11(2)(a)] may be express or implied and on the evidence the Crown properly discharged the onus upon it and raised a clear implication of consent.

Per Laskin C.J., dissenting: In *Rosen v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 961, the point was made in dissent that the *ex post facto* consent given in that case to make conversations with the accused admissible against him, being procured by the Crown by a promise of benefit, was not voluntary. If that dissent was right on this point, the present case is *a fortiori*. Once an improper inducement is established any confession that follows is tainted and inadmissible in evidence. Such a fundamental question as the voluntariness of a consent cannot be avoided by calling it a question of fact. The confession cases do not support the position that notwithstanding a threat or fear of prejudice, or promise of benefit or advantage, there may still be a finding of voluntariness as being one of fact. The proper construction of the definition of "private communication" and the meaning of "originator" should be left open.

[*R. v. Miller & Thomas (No. 1)* (1975), 28 C.C.C. (2d) 94 (B.C. Co. Ct.); *R. v. LaSarge* (1976), 26 C.C.C. (2d) 388; *Ibrahim v. The Queen*, [1914] A.C. 599; *Rosen v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 961, referred to.]

donné en vertu de l'al. 178.11(2)a), il est clair qu'avant l'adoption de la *Loi sur la protection de la vie privée*, des interceptions comme celles-ci étaient légales et de plus, que la seule disposition du *Code criminel* qui peut les rendre illégales est le par. 178.11(1). Le paragraphe 178.11(2) soustrait aux exigences du par. (1) une interception avec consentement, laquelle, en vertu du par. 178.11(2), n'est donc pas touchée par le par. (1) et demeure légale. Si les interceptions en l'espèce ont été faites avec un consentement valide, elles sont légales au sens du par. 178.16(1) et la preuve en est admissible.

Les cours d'instance inférieure n'ont pas erré sur ce qui constitue un consentement. Celui-ci doit être volontaire (*c.-à-d.* libre de contrainte) et donné sciemment, avec prise de conscience de l'importance de l'acte. Compte tenu de la preuve ici, le consentement était valide et juridiquement bon.

Finalement, l'admission du consentement signé de Dwyer ne contrevient pas à la règle du ouï-dire—Dwyer n'a pas été cité comme témoin au procès. Le consentement en question [en vertu de l'al. 178.11(2)a)] peut être exprès ou tacite et d'après l'ensemble de la preuve, il appert que le ministère public s'est correctement acquitté de la charge de la preuve et a fait ressortir clairement un consentement par implication.

Le juge en chef Laskin, dissident: Dans l'affaire *Rosen c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 961, il a été établi, en dissidence, que le consentement *ex post facto* donné dans cette affaire-là pour rendre les conversations avec l'accusé admissibles contre lui, consentement obtenu par le ministère public au moyen d'une promesse d'avantage, n'était pas volontaire. Si cette dissidence est juste sur ce point, il en est de même *a fortiori* dans le présent pourvoi. Une fois qu'une incitation illégale a été établie, toute confession qui suit est viciée et inadmissible en preuve. Il est impossible d'éluder une question aussi fondamentale que celle du caractère volontaire d'un consentement en la qualifiant de question de fait. Les décisions en matière de confession n'appuient pas la proposition que nonobstant une menace ou la crainte d'un préjudice, ou la promesse d'un bénéfice ou avantage, il est encore possible de conclure que le caractère volontaire est une question de fait. La question de l'interprétation correcte de la définition de «communication privée» et le sens d'«auteur» est laissée en suspens.

[Jurisprudence: *R. v. Miller & Thomas (No. 1)* (1975), 28 C.C.C. (2d) 94 (C. comté C.-B.); *R. v. LaSarge* (1976), 26 C.C.C. (2d) 388; *Ibrahim v. The Queen*, [1914] A.C. 599; *Rosen c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 961.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ allowing an appeal against an acquittal on a charge of conspiracy, with others, to pass counterfeit money. Appeal dismissed, Laskin C.J. dissenting.

Earl J. Levy, Q.C., for the appellant.

David Watt, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—In my reasons in *Rosen v. The Queen*², which are being issued concurrently with the reasons that now follow in this case, I took the point, as a decisive ground for ordering a new trial, the the *ex post facto* consent given in the *Rosen* case to make conversations with the accused admissible against him, being procured by the Crown by a promise of benefit, was not voluntary. The conversations were, therefore, not admissible. If I was right on this point in the *Rosen* case then, in the present case, it is *a fortiori*.

Whereas in *Rosen* there was an illegally intercepted communication and the *ex post facto* consent was intended to make it admissible in evidence, here the promise of leniency to one Dwyer (who was found in possession of counterfeit bills) preceded the recording of any conversation with the appellant Goldman. In reliance on the promise of leniency, Dwyer proceeded to co-operate with the police who, having his written consent, intercepted a telephone conversation and also a face-to-face conversation during which Dwyer wore a concealed body pack. The distinction taken by my brother McIntyre (in refusing to adapt the confession rule to privacy cases) between an inculpatory statement induced by a promise of benefit held out by a person in authority and an already intercepted communication does not apply in the present case.

¹ (1977), 1 C.R. (3d) 257, 38 C.C.C. (2d) 212 *sub. nom. R. v. Cremascoli and Goldman*.

² [1980] 1 S.C.R. 961.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ qui a accueilli un appel interjeté de l'acquiescement d'une accusation de complot, avec d'autres personnes, pour possession de monnaie contrefaite. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin étant dissident.

Earl J. Levy, c.r., pour l'appellant.

David Watt, pour l'intimée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF (*dissentant*)—Dans mes motifs dans l'affaire *Rosen c. La Reine*², rendus en même temps que ceux dans le présent pourvoi, j'ai conclu que le consentement *ex post facto* donné dans cette affaire-là pour rendre les conversations avec l'accusé admissibles contre lui, consentement obtenu par le ministère public au moyen d'une promesse d'avantage, n'était pas volontaire et que c'était là un motif décisif pour ordonner un nouveau procès. Les conversations n'étaient donc pas admissibles. Si j'ai raison sur ce point dans l'affaire *Rosen*, *a fortiori* en est-il de même en l'espèce.

Alors que dans l'affaire *Rosen*, le consentement *ex post facto* devait rendre admissible en preuve une conversation interceptée illégalement, en l'espèce la promesse d'indulgence à un nommé Dwyer (qui a été trouvé en possession de billets contrefaits) a précédé l'enregistrement d'une conversation avec l'appellant Goldman. Se fondant sur cette promesse d'indulgence, Dwyer a coopéré avec la police, qui, avec son consentement écrit, a intercepté une conversation téléphonique ainsi qu'une conversation en personne pendant laquelle Dwyer portait un micro-émetteur dissimulé. La distinction qu'a faite mon collègue McIntyre (en refusant d'adapter la règle applicable à une confession aux affaires de protection de la vie privée) entre une déclaration incriminante obtenue par la promesse d'un avantage faite par une personne ayant autorité et une communication déjà interceptée ne s'applique pas en l'espèce.

¹ (1977), 1 C.R. (3d) 257, 38 C.C.C. (2d) 212 *sub. nom. R. v. Cremascoli and Goldman*.

² [1980] 1 R.C.S. 961.

True, there may be a formal similarity in the two situations, but where the promise of benefit or fear of prejudice, as the case may be, induces a person in Dwyer's position to initiate a private communication with an accused which is going to be intercepted by the police, there is the likelihood of leading the accused into damaging statements in order to redeem the promise of benefit or avoid any likely prejudice. It must be remembered that in this case Dwyer, after completing his assignment for the police, went back to the United States and was not available to give evidence at Goldman's trial.

To repeat, if I was correct in *Rosen*, the present case is *a fortiori*. Moreover, I am unable to appreciate how such a fundamental question as the voluntariness of a consent can be avoided by calling it a question of fact. The confession cases do not, in my opinion, support the position that notwithstanding a threat or fear of prejudice, or promise of benefit of advantage, there may still be a finding of voluntariness as being one of fact. Once an improper inducement is established, any confession that follows is tainted and is inadmissible in evidence: see Kaufman, *Admissibility of Confessions* (2nd ed. 1973), c. 5, at pp. 70 *et seq.*

Although this is enough to dispose of the present case (in which I would set aside the order for a new trial by the Ontario Court of Appeal and restore the acquittal at trial), there are other important questions here which merit canvass. In *Rosen*, I was content to proceed on the assumption that the phrase "lawfully made" in s. 178.16(1)(a) covered both judicially authorized interceptions and interceptions made with prior consent, leaving s. 178.16(1)(b) as a provision envisaging *ex post facto* consent to admission in evidence of an interception that was originally illegal. I am not prepared to rest on this assumption in this case. In my opinion, there is at least ambiguity in the words "lawfully made", and good ground for resolving it in favour of the policy of protection of privacy.

Il est vrai que les deux situations peuvent avoir une ressemblance théorique, mais lorsque la promesse d'un avantage ou la crainte d'un préjudice, selon le cas, induit une personne dans la situation de Dwyer à prendre l'initiative d'une communication privée avec un accusé, laquelle sera interceptée par la police, il est probable que cette personne amènera l'accusé à faire des déclarations compromettantes afin de profiter de la promesse d'avantage ou d'éviter un préjudice probable. Il faut se rappeler qu'en l'espèce, après avoir rempli son rôle pour la police, Dwyer est retourné aux États-Unis et n'était pas présent pour témoigner au procès de Goldman.

Je répète que si j'ai raison dans l'affaire *Rosen*, il en est de même *a fortiori* dans le présent pourvoi. De plus, je ne vois pas comment il est possible d'éviter une question aussi fondamentale que celle du caractère volontaire d'un consentement en la qualifiant de question de fait. Les décisions en matière de confession n'appuient pas, à mon avis, la proposition que nonobstant une menace ou la crainte d'un préjudice, ou la promesse d'un bénéfice ou avantage, il est encore possible de conclure que le caractère volontaire est une question de fait. Une fois qu'une incitation illégale a été établie, toute confession qui suit est viciée et inadmissible en preuve. Voir Kaufman, *Admissibility of Confessions* (2^e éd. 1973), chap. 5, aux pp. 70 *et suiv.*

Bien que cela suffise pour trancher le présent pourvoi (dans lequel je suis d'avis d'infirmer la décision de la Cour d'appel de l'Ontario, d'ordonner un nouveau procès et de rétablir l'acquittement prononcé au procès), d'autres questions importantes en l'espèce méritent d'être examinées. Dans *Rosen*, je me suis contenté de présumer que l'expression «faite légalement» à l'al. 178.16(1)a) englobait tant les interceptions autorisées judiciairement que celles faites avec un consentement préalable, ce qui laissait l'al. 178.16(1)b) pour le cas du consentement *ex post facto* à l'admission en preuve d'une interception illégale à l'origine. Je ne suis pas disposé à me contenter de cette présomption en l'espèce. A mon avis, l'expression «faite légalement» est à tout le moins ambiguë, et il y a de bonnes raisons de l'interpréter dans le sens de la protection de la vie privée.

The present *Criminal Code* provisions with which we are concerned originated in the *Protection of Privacy Act*, 1973-1974 (Can.), c. 50, an Act which not only added a new Part IV.1 to the *Criminal Code* under the heading "Invasion of Privacy", but as well a new Part I.1 to the *Crown Liability Act*, also headed "Invasion of Privacy" and also amended the *Official Secrets Act* to authorize the Solicitor General to issue warrants for intercepting communications where evidence under oath satisfied him that the interception was necessary for the prevention or detection of subversive activity or necessary to safeguard the security of Canada. The amendment went on to specify the contents of a warrant so issued.

It is by no means clear to me that prior to the passing of the *Protection of Privacy Act* interceptions such as those made here were lawful. They were at least civil trespasses or invasions of privacy, although, in line with the common law, the fruits of the interceptions were, if relevant to an issue in a criminal trial, admissible in evidence. If the words "lawfully made" in s. 178.16(1)(a) mean simply not prohibited by law then, of course, they would cover interceptions made with prior consent as well as those made through judicial authorization.

I set out here the relevant provisions of the *Criminal Code* which give perspective to the view that I hold of the words "lawfully made". They are as follows:

178.1 In this Part,

"authorization" means an authorization to intercept a private communication given under section 178.13 or subsection 178.15(2);

"private communication" means any oral communication or any telecommunication made under circumstances in which it is reasonable for the originator thereof to expect that it will not be intercepted by any person other than the person intended by the originator thereof to receive it;

Les dispositions actuelles du *Code criminel* qui nous intéressent ont leur origine dans la *Loi sur la protection de la vie privée*, 1973-1974 (Can.), chap. 50, une loi qui a ajouté non seulement une nouvelle Partie IV.1 au *Code criminel* sous le titre «Atteintes à la vie privée», mais aussi une nouvelle Partie I.1 à la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, également intitulée «Atteintes à la vie privée» et qui a aussi modifié la *Loi sur les secrets officiels* pour autoriser le solliciteur général à décerner des mandats pour intercepter des communications s'il est convaincu, en se fondant sur une preuve faite sous serment, que l'interception est nécessaire pour prévenir ou dépister une activité subversive ou nécessaire pour sauvegarder la sécurité du Canada. La modification précise ensuite le contenu d'un mandat ainsi décerné.

Il est loin d'être clair pour moi qu'avant l'adoption de la *Loi sur la protection de la vie privée* des interceptions comme celles en cause en l'espèce étaient légales. Elles étaient à tout le moins des délits civils ou des atteintes à la vie privée, bien que, conformément à la *common law*, les fruits de l'interception aient été admissibles en preuve, s'ils étaient pertinents à une question dans un procès criminel. Si l'expression «faite légalement» à l'al. 178.16(1)(a) signifie seulement non prohibée par la loi, elle englobera bien sûr les interceptions faites avec un consentement préalable de même que celles faites avec une autorisation judiciaire.

Voici les dispositions pertinentes du *Code Criminel* qui placent mon interprétation de l'expression «faite légalement» dans son contexte:

178.1 Dans la présente Partie,

«autorisation» signifie une autorisation d'intercepter une communication privée donnée en vertu de l'article 178.13 ou du paragraphe 178.15(2);

«communication privée» désigne toute communication orale ou télécommunication faite dans des circonstances telles que son auteur peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle ne soit pas interceptée par une personne autre que la personne à laquelle il la destine;

178.11 (1) Every one who, by means of an electro-magnetic, acoustic, mechanical or other device, wilfully intercepts a private communication is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for five years.

(2) Subsection (1) does not apply to

(a) a person who has the consent to intercept, express or implied, of the originator of the private communication or of the person intended by the originator thereof to receive it;

(b) a person who intercepts a private communication in accordance with an authorization or any person who in good faith aids in any way a person whom he has reasonable and probable grounds to believe is acting with any such authorization;

(c) a person engaged in providing a telephone, telegraph or other communication service to the public who intercepts a private communication,

(i) if such interception is necessary for the purpose of providing such service,

(ii) in the course of service observing or random monitoring necessary for the purpose of mechanical or service quality control checks, or

(iii) if such interception is necessary to protect the person's rights or property directly related to providing such service; or

(d) an officer or servant of Her Majesty in right of Canada in respect of a private communication intercepted by him in the course of random monitoring that is necessarily incidental to radio frequency spectrum management in Canada.

(3) Where a private communication is originated by more than one person or is intended by the originator thereof to be received by more than one person, a consent to the interception thereof by any one of such persons is sufficient for the purposes of paragraph (2)(a), subsection 178.16(1) and subsection 178.2(1).

178.12 An application for an authorization shall be made *ex parte* and in writing to a judge of a superior court of criminal jurisdiction, or a judge as defined in section 482 and shall be signed by the Attorney General of the province in which the application is made or the Solicitor General of Canada or an agent specially designated in writing for the purposes of this section by

(a) the Solicitor General of Canada personally, if the offence under investigation is one in respect of which proceedings, if any, may be instituted at the instance

178.11 (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans, quiconque, au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, intercepte volontairement une communication privée.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas

a) à une personne qui a obtenu, de l'auteur de la communication privée ou de la personne à laquelle son auteur la destine, son consentement exprès ou tacite à l'interception;

b) à une personne qui intercepte une communication privée en conformité d'une autorisation ni à une personne qui, de bonne foi, aide de quelque façon une autre personne qu'elle croit, en se fondant sur des motifs raisonnables et probables, agir en conformité d'une telle autorisation;

c) à une personne qui fournit au public un service de communications téléphoniques, télégraphiques ou autre et qui intercepte une communication privée,

(i) si cette interception est nécessaire pour la fourniture de ce service,

(ii) à l'occasion de la surveillance du service ou d'un contrôle au hasard nécessaire pour les vérifications mécaniques ou la vérification de la qualité du service, ou

(iii) si cette interception est nécessaire pour protéger ses droits ou biens directement liés à la fourniture d'un service de communications téléphoniques, télégraphiques ou autres; ou

d) à un fonctionnaire ou à un préposé de Sa Majesté du chef du Canada, pour une communication privée qu'il a interceptée à l'occasion d'un contrôle au hasard qui est nécessairement accessoire à la régulation du spectre des fréquences de radiocommunication au Canada.

(3) Lorsqu'une communication privée a pour auteurs plus d'une personne ou que son auteur la destine à plus d'une personne, il suffit, aux fins de l'alinéa (2)a), du paragraphe 178.16(1) et du paragraphe 178.2(1), que l'une quelconque de ces personnes consente à son interception.

178.12 Une demande d'autorisation doit être présentée *ex parte* et par écrit à un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle, ou à un juge défini à l'article 482, et être signée par le procureur général de la province où la demande est présentée ou par le solliciteur général du Canada ou par un mandataire spécialement désigné par écrit aux fins du présent article par

a) le solliciteur général du Canada lui-même, si l'infraction faisant l'objet de l'enquête est une infraction pour laquelle des poursuites peuvent, le cas échéant,

of the Government of Canada and conducted by or on behalf of the Attorney General of Canada, or

(b) the Attorney General of a province personally, in respect of any other offence in that province,

and shall be accompanied by an affidavit which may be sworn on the information and belief of a peace officer or public officer deposing to the following matters, namely:

(c) the facts relied upon to justify the belief that an authorization should be given together with particulars of the offence;

(d) the type of private communication proposed to be intercepted;

(e) the names and addresses, if known, of all persons, the interception of whose private communications there are reasonable and probable grounds to believe may assist the investigation of the offence, and if not known, a general description of the place at which private communications are proposed to be intercepted or, if a general description of that place cannot be given, a general description of the manner of interception proposed to be used;

(f) the period for which the authorization is requested; and

(g) whether other investigative procedures have been tried and have failed or why it appears they are unlikely to succeed or that the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures. 1973, c. 50, s. 2.

178.13 (1) An authorization may be given if the judge to whom the application is made is satisfied that it would be in the best interests of the administration of justice to do so and that

(a) other investigative procedures have been tried and have failed;

(b) other investigative procedures are unlikely to succeed; and

(c) the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures.

(2) An authorization shall

(a) state the offence in respect of which private communications may be intercepted;

(b) state the type of private communication that may be intercepted;

être engagées sur l'instance du gouvernement du Canada et conduites par le procureur général du Canada ou en son nom, ou

b) le procureur général d'une province lui-même, pour toute autre infraction se situant dans cette province,

et il doit y être joint une déclaration assermentée d'un agent de la paix ou d'un fonctionnaire public pouvant être faite sur la foi de renseignements tenus pour véridiques et indiquant ce qui suit:

c) les faits sur lesquels le déclarant se fonde pour justifier qu'à son avis il y a lieu d'accorder une autorisation, ainsi que les détails relatifs à l'infraction;

d) le genre de communication privée que l'on se propose d'intercepter;

e) les noms et adresses, s'ils sont connus, de toutes les personnes dont les communications privées devraient être interceptées du fait qu'on a des motifs raisonnables et probables de croire que cette interception pourra être utile à l'enquête relative à l'infraction et, s'ils ne sont pas connus, une description générale du lieu où l'on se propose d'intercepter les communications privées ou, si l'on ne peut donner une description générale de ce lieu, une description générale de la façon dont on se propose de procéder à cette interception;

f) la période pour laquelle l'autorisation est demandée; et

g) si d'autres méthodes d'enquête ont ou non été essayées, si elles ont ou non échoué, ou pourquoi elles paraissent avoir peu de chance de succès, ou si, étant donné l'urgence de l'affaire, il ne serait pas pratique de mener l'enquête relative à l'infraction en n'utilisant que les autres méthodes d'enquête.

178.13 (1) Une autorisation peut être donnée si le juge auquel la demande est présentée est convaincu que l'octroi de cette autorisation servirait au mieux l'administration de la justice et que

a) d'autres méthodes d'enquête ont été essayées et ont échoué;

b) les autres méthodes d'enquête ont peu de chance de succès; ou

c) l'urgence de l'affaire est telle qu'il ne serait pas pratique de mener l'enquête relative à l'infraction en n'utilisant que les autres méthodes d'enquête.

(2) Une autorisation doit

a) indiquer l'infraction relativement à laquelle des communications privées pourront être interceptées;

b) indiquer le genre de communication privée qui pourra être interceptée;

- (c) state the identity of the persons, if known, whose private communications are to be intercepted and where the identity of such persons is not known, generally describe the place at which private communications may be intercepted or, if a general description of that place cannot be given, generally describe the manner of interception that may be used;
- (d) contain such terms and conditions as the judge considers advisable in the public interest; and
- (e) be valid for the period, not exceeding thirty days, set forth therein.

178.15 (1) Notwithstanding section 178.12, an application for an authorization may be made *ex parte* to a judge of a superior court of criminal jurisdiction, or a judge as defined in section 482, designated from time to time by the Chief Justice, by a peace officer specially designated in writing for the purposes of this section by

(a) the Solicitor General of Canada, if the offence is one in respect of which proceedings, if any, may be instituted by the Government of Canada and conducted by or on behalf of the Attorney General of Canada, or

(b) the Attorney General of a province, in respect of any other offence in the province,

if the urgency of the situation requires interception of private communications to commence before an authorization could, with reasonable diligence, be obtained under section 178.13.

(2) Where the judge to whom an application is made pursuant to subsection (1) is satisfied that the urgency of the situation requires that interception of private communications commence before an authorization could, with reasonable diligence, be obtained pursuant to section 178.13, he may, on such terms and conditions, if any, as he considers advisable, give an authorization in writing for a period of up to thirty-six hours.

(3) For the purposes of section 178.16 only, an interception of a private communication in accordance with an authorization given pursuant to this section shall be deemed not to have been lawfully made unless the judge who gave the authorization or, if such judge is unable to act, a judge of the same jurisdiction, certifies that if the application for the authorization had been made to him pursuant to section 178.12 he would have given the authorization.

178.16 (1) A private communication that has been intercepted and evidence obtained directly or indirectly

- c) indiquer, si elle est connue, l'identité des personnes dont les communications privées doivent être interceptées et, lorsque l'identité de ces personnes n'est pas connue, décrire de façon générale le lieu où les communications privées pourront être interceptées ou s'il est impossible de donner une description générale de ce lieu, la façon dont elles pourront l'être;
- d) énoncer les modalités que le juge estime opportunes dans l'intérêt public; et
- e) être valide pour la période de trente jours au plus qui y est indiquée.

178.15 (1) Nonobstant l'article 178.12, une demande d'autorisation peut être présentée *ex parte* à un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou à un juge défini à l'article 482, désigné par le juge en chef, à l'occasion, par un agent de la paix spécialement désigné par écrit aux fins du présent article par

a) le solliciteur général du Canada, si l'infraction faisant l'objet de l'enquête est une infraction pour laquelle des poursuites peuvent, le cas échéant, être engagées sur l'instance du gouvernement du Canada et conduites par le procureur général du Canada ou en son nom, ou

b) le procureur général d'une province, pour toute autre infraction se situant dans cette province,

si l'urgence de la situation exige que l'interception de communications privées commence avant qu'il soit possible, avec toute la diligence raisonnable, d'obtenir une autorisation en vertu de l'article 178.13.

(2) Lorsque le juge auquel une demande est présentée en application du paragraphe (1) est convaincu que l'urgence de la situation exige que l'interception de communications privées commence avant qu'il soit possible, avec toute la diligence raisonnable, d'obtenir une autorisation en vertu de l'article 178.13, il peut, selon les modalités qu'il estime à propos le cas échéant, donner une autorisation par écrit pour une période de trente-six heures.

(3) Aux fins de l'article 178.16 seulement l'interception d'une communication privée en conformité d'une autorisation donnée en application du présent article est censée ne pas avoir été légalement faite à moins que le juge qui a donné cette autorisation ou, en cas d'empêchement de ce juge, un juge de la même juridiction, ne certifie que, si une demande d'autorisation lui avait été présentée en application de l'article 178.12, il aurait donné l'autorisation demandée.

178.16 (1) Une communication privée qui a été interceptée et une preuve obtenue directement ou indirectement

as a result of information acquired by interception of a private communication are both inadmissible as evidence against the originator thereof or the person intended by the originator thereof to receive it unless

- (a) the interception was lawfully made; or
- (b) the originator of the private communication or the person intended by the originator thereof to receive it has expressly consented to the admission thereof.

(2) Where in any proceedings the judge is of the opinion that any private communication or any other evidence that is inadmissible pursuant to subsection (1)

- (a) is relevant, and
- (b) is inadmissible by reason only of a defect of form or an irregularity in procedure, not being a substantive defect or irregularity, in the application for or the giving of the authorization under which such private communication was intercepted or by means of which such evidence was obtained, or

(c) that, in the case of evidence, other than the private communication itself, to exclude it as evidence may result in justice not being done.

he may, notwithstanding subsection (1), admit such private communication or evidence as evidence in such proceedings.

(4) A private communication that has been lawfully intercepted shall not be received in evidence unless the party intending to adduce it has given to the accused reasonable notice of his intention together with

- (a) a transcript of the private communication, where it will be adduced in the form of a recording, or a statement setting forth full particulars of the private communication, where evidence of the private communication will be given *viva voce*; and
- (b) a statement respecting the time, place and date of the private communication and the parties thereto, if known.

I refer also to provisions of the *Crown Liability Act* as added by the *Protection of Privacy Act*, these being,

7.1 In this Part,
 “authorization” means an authorization to intercept a private communication given under section 178.13 of the *Criminal Code*;

ment grâce à des renseignements recueillis par l’interception d’une communication privée sont toutes deux inadmissibles en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins

- a) que l’interception n’ait été faite légalement; ou
- b) que l’auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n’ait expressément consenti à ce qu’elle soit admise en preuve.

(2) Lorsque, au cours de quelque procédure, le juge est d’avis qu’une communication privée ou autre preuve inadmissible aux termes du paragraphe (1)

- a) est pertinente, et
- b) est inadmissible uniquement à cause d’un défaut de forme ou d’une irrégularité dans la procédure, lorsqu’il ne s’agit pas d’un défaut ou d’une irrégularité de fond, dans la demande ou l’émission de l’autorisation en vertu de laquelle cette communication privée a été interceptée ou au moyen de laquelle cette preuve a été obtenue, ou

c) que, dans le cas d’une preuve, à l’exception de la communication privée elle-même, son exclusion peut empêcher que justice soit rendue,

il peut, nonobstant le paragraphe (1), admettre en preuve cette communication privée ou cette preuve dans cette procédure.

(4) Une communication privée qui a été légalement interceptée ne doit être admise en preuve que si la partie qui a l’intention de la produire a donné au prévenu un préavis raisonnable de son intention de ce faire accompagné

- a) d’une transcription de la communication privée, lorsqu’elle sera produite sous forme d’enregistrement, ou d’une déclaration donnant tous les détails de la communication privée, lorsque la preuve de cette communication sera donnée de vive voix; et
- b) d’une déclaration relative à l’heure, à la date et au lieu de la communication privée et aux personnes y ayant pris part, si elles sont connues.

Je renvoie aussi aux dispositions suivantes de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* ajoutées par la *Loi sur la protection de la vie privée*:

7.1 Dans la présente Partie,
 «autorisation» signifie une autorisation d’intercepter une communication privée donnée en vertu de l’article 178.13 du *Code criminel*;

7.2 (1) Subject to subsection (2), where a servant of the Crown, by means of an electromagnetic, acoustic, mechanical or other device, intentionally intercepts a private communication, in the course of his employment, the Crown is liable for all loss or damage caused by or attributable to such interception, and for punitive damages in an amount not exceeding \$5,000, to each person who incurred such loss or damage.

(2) The Crown is not liable under subsection (1) for loss or damage or punitive damages referred to therein where the interception complained of

(a) was lawfully made;

(b) was made with the consent, express or implied, of the originator of the private communication or of the person intended by the originator thereof to receive it; or

(c) was made by an officer or servant of the Crown in the course of random monitoring that is necessarily incidental to radio frequency spectrum management in Canada.

The tort liability imposed upon the Crown by s. 7.2(1) above parallels the criminal liability imposed by s. 178.11(1) of the *Criminal Code*, but in each case there are qualifying or saving provisions found in s. 7.2(2) and s. 178.11(2) respectively. The qualification of tort liability under s. 7.2(2)(a) where the interception was "lawfully made" necessarily excludes express or implied consent to an interception since this is provided for under s. 7.2(2)(b), being in the same wording as s. 178.11(1)(b) of the *Criminal Code*. So too, s. 7.2(2)(c) is a particular saving provision which again limits the meaning of "lawfully made" in s. 7.2(2)(a). It appears to me to follow that the words "lawfully made" refer to a judicial authorization, having regard to the fact that "authorization" is defined in s. 7.1 of the amended *Crown Liability Act* by reference to the definition of this word in s. 178.13 of the *Criminal Code*. The way in which the *Criminal Code* amendments and those in the *Crown Liability Act* are tied together strongly supports the conclusion that the same construction should be placed upon the words "lawfully made" in both statutes.

7.2 (1) Sous réserve du paragraphe (2), lorsqu'un préposé de la Couronne, au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, intercepte intentionnellement une communication privée dans l'exercice de ses fonctions, la Couronne est responsable de la totalité des pertes ou dommages causés par cette interception ou qui lui sont attribuables, et de dommages-intérêts punitifs n'excédant pas \$5,000 envers chaque personne qui a subi ces pertes ou dommages.

(2) La Couronne n'est pas responsable, en vertu du paragraphe (1), des pertes ou dommages ni des dommages-intérêts punitifs y mentionnés lorsque l'interception ayant fait l'objet de la plainte

a) a été légalement faite;

b) a été faite avec le consentement, exprès ou tacite, de l'auteur de la communication privée ou de la personne à laquelle son auteur la destinait; ou

c) a été faite par un fonctionnaire ou préposé de la Couronne à l'occasion d'un contrôle au hasard nécessairement accessoire à la régulation du spectre des fréquences de radiocommunication au Canada.

La responsabilité délictuelle que le par. 7.2(1) impose à Sa Majesté est le parallèle de la responsabilité criminelle qu'impose le par. 178.11(1) du *Code criminel*, mais dans chaque cas il y a des réserves ou des exonérations aux par. 7.2(2) et 178.11(2), respectivement. L'exonération de la responsabilité délictuelle en vertu de l'al. 7.2(2)(a) quand l'interception a été «légalement faite» exclut nécessairement un consentement exprès ou tacite à une interception puisque ce cas relève de l'al. 7.2(2)(b) dont les termes sont identiques à ceux de l'al. 178.11(1)(b) du *Code criminel*. L'alinéa 7.2(2)(c) apporte aussi une réserve particulière qui limite le sens de l'expression «légalement faite» à l'al. 7.2(2)(a). Il s'ensuit à mon avis que l'expression «légalement faite» se rapporte à une autorisation judiciaire, compte tenu du fait que l'art. 7.1 de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, modifiée, définit «autorisation» par renvoi à la définition de ce terme à l'art. 178.13 du *Code criminel*. La façon dont les modifications au *Code criminel* et celles à la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* sont reliées appuie fortement la conclusion que la même interprétation doit être donnée à l'expression «légalement faite» dans les deux lois.

Even if reference is had to the *Criminal Code* amendments alone, their context under the *Protection of Privacy Act* points to a difference between interceptions that, because of judicial authorization, are “lawfully made” and those that are made with consent. This difference is reflected in s. 178.15(3) as well as in s. 178.16(2)(b). Thus, s. 178.15(3) opens with the words “For the purposes of s. 178.16 only, an interception of a private communication in accordance with an authorization given pursuant to this section shall be deemed not to have been lawfully made unless . . .”, and the provisions of s. 178.16(2)(b) referring to defects in form of an authorization, are consistent with the view that “lawfully made” refers to judicial authorization. They cannot have any application to interceptions under s. 178.11(2)(a) or to those permitted for the limited purposes of s. 178.11(2)(c) and (d). Again, the notice provisions of s. 178.16(4) bear a similarity to the information that must be included in an authorization under s. 178.13 and thus reinforce my view that s. 178.16(1)(a) applies only to judicial authorization of an interception.

In my opinion, s. 178.16, in the light of the elaborate controls set up under ss. 178.11 to 178.14 was designed to protect privacy of communication by altering the common law rule as to admission of illegally obtained evidence, so that even if collaboration with the police resulted under s. 178.11(2)(a), this did not *ipso facto* make the evidence obtained by a consensual interception admissible without a further consent under s. 178.16(1)(b). I do not agree that the legislation under examination is sufficiently clear to warrant the conclusion that a consent under s. 178.11(2)(a) dispenses with any further consent in relation to admissibility. Indeed, s. 178.16(2) reinforces this position.

In principle, I see a vast difference between a judicial authorization for an interception which, at the same time, would make its fruits admissible in evidence and a prior consent by a private person to

Même si l'on examine seulement les modifications apportées au *Code criminel*, leur contexte dans la *Loi sur la protection de la vie privée* indique une différence entre les interceptions qui, à cause d'une autorisation judiciaire, sont «faites légalement» et celles qui sont faites avec un consentement. Cette différence se manifeste dans le par. 178.15(3) de même que dans l'al. 178.16(2)b). Le paragraphe 178.15(3) commence avec la phrase «Aux fins de l'art. 178.16 seulement, l'interception d'une communication privée en conformité d'une autorisation donnée en application du présent article est censée ne pas avoir été légalement faite à moins que . . .», et les dispositions de l'al. 178.16(2)b) qui se rapportent aux défauts de forme d'une autorisation sont compatibles avec l'opinion que l'expression «faite légalement» se rapporte à une autorisation judiciaire. Elles ne peuvent s'appliquer aux interceptions faites en vertu de l'al. 178.11(2)a) ou à celles permises aux fins limitées des al. 178.11(2)c) et d). Ici encore, les dispositions du par. 178.16(4) sur le préavis sont semblables à celles sur les indications que doit contenir une autorisation en vertu de l'art. 178.13 et ainsi renforcent mon opinion que l'al. 178.16(1)a) ne s'applique qu'à l'autorisation judiciaire d'une interception.

A mon avis, compte tenu des contrôles détaillés établis par les art. 178.11 à 178.14, l'art. 178.16 était destiné à protéger le caractère privé des communications en modifiant la règle de *common law* relative à l'admission d'une preuve obtenue illégalement; ainsi, même s'il y a collaboration avec la police en vertu de l'art. 178.11(2)a), la preuve découlant d'une interception obtenue avec consentement ne devient pas *ipso facto* admissible sans un consentement additionnel en vertu de l'al. 178.16(1)b). Je ne partage pas l'opinion que la loi en cause est suffisamment claire pour justifier la conclusion qu'un consentement donné en vertu de l'al. 178.11(2)a) dispense de tout autre consentement relativement à l'admissibilité. En fait, le par. 178.16(2) renforce cette position.

Je vois une vaste différence de principe entre une autorisation judiciaire d'une interception qui, en même temps, rendrait ses fruits admissibles en preuve, et le consentement préalable d'une per-

an interception destroying another's expected privacy. Of course, Parliament could prescribe that for the purpose of admissibility in evidence both situations be treated the same way. It has not, however, done so with the clarity that should be present to enable A., by consenting to an interception of private communications with B., to make those communications admissible without more against B. It is not only that one may distinguish the positive words "lawfully made" from the excepting terms of s. 178.11(2)(a) (framed in the negative), but there are the other indications of a difference running through the various sections that I have quoted, sufficient to establish an ambiguity in s. 178.16(1)(a) and to support subject matter in a requirement of a further consent under s. 178.16(1)(b).

The two points I have taken are enough to dispose of this case and I leave for consideration on another occasion the admissibility in evidence of Dwyer's signed consent when he himself was not available as a witness. Again, I leave open the question of the proper constitution of the definition of "private communication", especially in respect of the meaning of "originator".

As I have previously indicated, I would allow the appeal, set aside the order of the Ontario Court of Appeal and restore the acquittal at trial.

The judgment of Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte and McIntyre JJ. was delivered by

MCINTYRE J.—This is an appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario which allowed a Crown appeal against the acquittal of the appellant, sometimes referred to hereafter as Goldman, on a charge of conspiracy with one Cremascoli (now deceased), one Dwyer, and others unknown, to possess counterfeit American money. The Crown's case depended upon the admission in evidence of recordings made by the police of two conversations between the appellant and Dwyer on May 20, 1976. The first was a telephone conversation, and the second a direct conversation between Dwyer and the appellant during which Dwyer was fitted with a concealed body pack, transmissions

sonne à une interception, qui détruit le caractère privé auquel une autre peut s'attendre. Le Parlement pourrait évidemment prescrire qu'aux fins de l'admissibilité en preuve les deux situations soient traitées de la même façon. Cependant il ne l'a pas fait aussi clairement que cela serait nécessaire pour permettre que le consentement de A. à l'interception de communications privées avec B. les rende admissibles sans plus contre B. Non seulement, on peut distinguer les termes affirmatifs «faite légalement» des termes d'exception de l'al. 178.11(2)a) (qui sont en forme négative), mais les autres indications d'une différence dans les divers articles que j'ai cités, suffisent à établir l'existence d'une ambiguïté dans l'al. 178.16(1)a) et à fonder l'exigence d'un consentement additionnel en vertu de l'al. 178.16(1)b).

Les deux opinions que j'ai exprimées suffisent à trancher ce pourvoi et je laisse à une autre occasion l'examen de l'admissibilité en preuve du consentement signé par Dwyer alors qu'il n'était pas présent pour témoigner. Je ne me prononce pas non plus sur la question de l'interprétation correcte de la définition de «communication privée», notamment en ce qui concerne le sens d'«auteur».

Comme je l'ai déjà indiqué, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'ordre de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir l'acquittement prononcé au procès.

Version française du jugement des juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte et McIntyre rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Il s'agit d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public de l'acquittement de l'appelant, parfois ci-après appelé Goldman, d'une accusation de complot avec un nommé Cremascoli (maintenant décédé), un nommé Dwyer, et d'autres personnes inconnues, pour possession de monnaie américaine contrefaite. La preuve de la poursuite dépend de l'admission d'enregistrements que la police a faits de deux conversations entre l'appelant et Dwyer le 20 mai 1976. La première est une conversation téléphonique et la seconde, une conversation en personne entre Dwyer et l'appelant pendant

from which were recorded by the police who were some distance away.

Dwyer was arrested in the United States and found to be in possession of counterfeit United States money. To avoid serious punishment, he agreed to assist the police. He was brought to Canada and gave a consent in writing to the interception of his conversations with Goldman. After completing his part in the matter, he returned to the United States and has since not been seen by agents of the Crown. There is evidence, however, that he has been interviewed by representatives of the appellants.

The Crown tendered the evidence of intercepted conversations at Goldman's trial and a *voir dire* lasting some six days was held to determine the admissibility of such evidence. Dwyer was not called as a witness. The trial judge refused to admit the evidence. He considered that Dwyer had given a bona fide consent to the interception of the communications with Goldman free from any police coercion even though Dwyer was not present in court to give evidence before him. However, he also concluded that the interceptions, having been made without any judicial authorization, were not lawfully made within the meaning of s. 178.16(1)(a) of the *Criminal Code*. He therefore concluded that they could not be admitted in evidence and, since Dwyer's consent to the interception did not include a consent to the admission of the evidence under s. 178.16(1)(b), it was excluded. The Crown adduced no other evidence except to prove the circumstances relating to the arrest of Dwyer and an acquittal resulted.

The Court of Appeal adopted a different view. It accepted the trial judge's finding as to the nature of the consent given by Dwyer, but it went further and held that the giving of such consent made the interception lawful. The evidence was therefore held to be admissible under s. 178.16(1)(a). The appeal was allowed and a new trial ordered.

laquelle Dwyer portait, dissimulé sur sa personne, un micro-émetteur dont les émissions ont été enregistrées par la police qui se tenait à quelque distance.

Dwyer avait été arrêté aux États-Unis et trouvé en possession de monnaie américaine contrefaite. Pour éviter une lourde peine, il a accepté d'aider la police. Il a été amené au Canada et a donné son consentement écrit à ce que la police intercepte ses conversations avec Goldman. Une fois son rôle rempli, il est retourné aux États-Unis et n'a pas été vu depuis par les représentants du ministère public. La preuve révèle cependant qu'il a été interviewé par ceux de l'appelant.

Au procès de Goldman le ministère public a produit des conversations interceptées et il y a eu un *voir dire* de quelque six jours pour décider de leur admissibilité en preuve. Dwyer n'a pas témoigné. Le juge du procès a refusé d'admettre la preuve. Il a estimé que Dwyer avait donné un consentement valide à l'interception des communications avec Goldman, libre de contrainte par la police bien que Dwyer n'ait pas témoigné devant lui. Cependant, il a aussi conclu que les interceptions, faites sans autorisation judiciaire, n'étaient pas faites légalement au sens de l'al. 178.16(1)a) du *Code criminel*. Il a donc décidé qu'elles ne pouvaient être admises en preuve et comme le consentement de Dwyer à l'interception ne comprenait pas son consentement à l'admission en preuve exigé à l'al. 178.16(1)b), la preuve n'a pas été admise. Le ministère public n'a produit aucune autre preuve, sauf quant aux circonstances de l'arrestation de Dwyer; il y a donc eu acquittement.

La Cour d'appel a adopté une position différente. Elle a accepté la conclusion du juge du procès quant à la nature du consentement donné par Dwyer, mais elle est allée plus loin et a statué que pareil consentement rendait l'interception légale. Elle a donc décidé que la preuve était admissible en vertu de l'al. 178.16(1)a). La Cour d'appel a accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès.

The appellant raised several grounds of appeal in this Court. To summarize, it was contended that the Court of Appeal was wrong in holding that an interception of a private communication is lawfully made under s. 178.16(1)(a) when made by a consent under s. 178.11(2)(a) and without judicial authorization; that it was wrong in its determination of what constitutes a valid consent under s. 178.11(2)(a) of the *Criminal Code*; that it was wrong in holding that Dwyer did in fact consent to the interception; and that it was wrong in admitting in evidence a form of consent signed by Dwyer when he gave no evidence at trial. The Crown, in addition to its submissions on the points raised by the appellant, argued that the intercepted conversations were not private communications within the meaning of s. 178.1 of the *Criminal Code* because Dwyer, who originated them, had consented to and knew of the interception and consequently had no reasonable belief that the conversations would not be intercepted. Therefore, it was said, Part IV.1 of the *Criminal Code* did not apply and the conversations were admissible under common law rules of evidence. This point was not argued at trial. It was raised in the Court of Appeal but not decided because the court relied upon other grounds for its decision. Because of its importance in the case, I propose to deal with it at the outset.

Section 178.1 defines a "private communication" in these terms:

"private communication" means any oral communication or any telecommunication made under circumstances in which it is reasonable for the originator thereof to expect that it will not be intercepted by any person other than the person intended by the originator thereof to receive it;

Prior to the coming into effect of the *Protection of Privacy Act* in 1974 which amended the *Criminal Code* by the addition of Part IV.1, an intercepted communication of the kind described above was admissible in evidence, subject to established common law rules of evidence, without the statutory restrictions now found in Part IV.1 of the *Criminal Code* (ss. 178.1 and 178.11 to 178.22 inclusive). One effect of Part IV.1 was to break

L'appelant a fait valoir plusieurs moyens devant cette Cour. Pour résumer, il a prétendu que la Cour d'appel s'est trompée en statuant que l'interception d'une communication privée est faite légalement au sens de l'al. 178.16(1)a) lorsqu'elle est faite avec un consentement donné conformément à l'al. 178.11(2)a) et sans autorisation judiciaire; qu'elle s'est trompée sur ce qui constitue un consentement valide au sens de l'al. 178.11(2)a) du *Code criminel*; qu'elle s'est trompée en statuant que Dwyer avait en fait consenti à l'interception; et qu'elle s'est trompée en admettant en preuve un formulaire de consentement signé par Dwyer alors que ce dernier n'a pas témoigné au procès. En plus des arguments qu'il a soumis sur les points soulevés par l'appelant, le ministère public a fait valoir que les conversations interceptées n'étaient pas des communications privées au sens de l'art. 178.1 du *Code criminel* parce que Dwyer, qui en était l'auteur, avait consenti à l'interception et était au courant de celle-ci et en conséquence ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que les conversations ne soient pas interceptées. En conséquence, a-t-on dit, la Partie IV.1 du *Code criminel* ne s'applique pas et les conversations sont admissibles selon les règles de preuve de *common law*. On n'a pas plaidé ce point au procès. Il a été soulevé en Cour d'appel mais n'a pas été tranché parce que la cour a fondé son arrêt sur d'autres motifs. Vu son importance en l'espèce, je vais en traiter tout de suite.

L'article 178.1 définit «communication privée» en ces termes:

«communication privée» désigne toute communication orale ou télécommunication faite dans des circonstances telles que son auteur peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle ne soit pas interceptée par une personne autre que la personne à laquelle il la destine;

Avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur la protection de la vie privée* en 1974 qui a modifié le *Code criminel* en lui ajoutant la Partie IV.1, une communication interceptée comme celle décrite plus haut était admissible en preuve, sous réserve des règles de preuve reconnues en *common law*, sans les restrictions statutaires qui se trouvent maintenant à la Partie IV.1 du *Code criminel* (art. 178.1 et 178.11 à 178.22). La Partie IV.1 a notamment

new ground and impose restrictions upon the admission of such evidence. Section 178.11 is reproduced hereunder:

178.11 (1) Every one who, by means of an electromagnetic, acoustic, mechanical or other device, wilfully intercepts a private communication is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for five years.

(2) Subsection (1) does not apply to

(a) a person who has the consent to intercept, express or implied, of the originator of the private communication or of the person intended by the originator thereof to receive it;

(b) a person who intercepts a private communication in accordance with an authorization or any person who in good faith aids in any way a person whom he has reasonable and probable grounds to believe is acting with any such authorization;

(c) a person engaged in providing a telephone, telegraph or other communication service to the public who intercepts a private communication,

(i) if such interception is necessary for the purpose of providing such service,

(ii) in the course of service observing or random monitoring necessary for the purpose of mechanical or service quality control checks, or

(iii) if such interception is necessary to protect the person's rights or property directly related to providing such service; or

(d) an officer or servant of Her Majesty in right of Canada in respect of a private communication intercepted by him in the course of random monitoring that is necessarily incidental to radio frequency spectrum management in Canada.

(3) Where a private communication is originated by more than one person or is intended by the originator thereof to be received by more than one person, a consent to the interception thereof by any one of such persons is sufficient for the purposes of paragraph (2)(a), subsection 178.16(1) and subsection 178.2(1).

The facts, so far as they relate to this point, may be shortly stated. On May 20, 1976, in Toronto, at about 8:00 a.m., Dwyer in the presence of police officers made a telephone call to Goldman. A device had been installed upon the telephone which enabled the recording of this conversation. This

eu pour effet d'innover et d'imposer des restrictions à l'admission de pareille preuve. L'article 178.11 est reproduit ci-dessous:

178.11 (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans, quiconque, au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, intercepte volontairement une communication privée.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas

a) à une personne qui a obtenu, de l'auteur de la communication privée ou de la personne à laquelle son auteur la destine, son consentement exprès ou tacite à l'interception;

b) à une personne qui intercepte une communication privée en conformité d'une autorisation ni à une personne qui, de bonne foi, aide de quelque façon une autre personne qu'elle croit, en se fondant sur des motifs raisonnables et probables, agir en conformité d'une telle autorisation;

c) à une personne qui fournit au public un service de communications téléphoniques, télégraphiques ou autre et qui intercepte une communication privée,

(i) si cette interception est nécessaire pour la fourniture de ce service,

(ii) à l'occasion de la surveillance du service ou d'un contrôle au hasard nécessaire pour les vérifications mécaniques ou la vérification de la qualité du service, ou

(iii) si cette interception est nécessaire pour protéger ses droits ou biens directement liés à la fourniture d'un service de communications téléphoniques, télégraphiques ou autres; ou

d) à un fonctionnaire ou à un préposé de Sa Majesté du chef du Canada, pour une communication privée qu'il a interceptée à l'occasion d'un contrôle au hasard qui est nécessairement accessoire à la régulation du spectre des fréquences de radiocommunication au Canada.

(3) Lorsqu'une communication privée a pour auteurs plus d'une personne ou que son auteur la destine à plus d'une personne, il suffit, aux fins de l'alinéa (2)a), du paragraphe 178.16(1) et du paragraphe 178.2(1), que l'une quelconque de ces personnes consente à son interception.

En bref, les faits, du moins ceux qui se rapportent à cette question, sont les suivants. Le 20 mai 1976, à Toronto, vers 8h du matin, Dwyer a téléphoné à Goldman en présence de policiers. Un dispositif permettant l'enregistrement de cette conversation avait été fixé au téléphone. Dwyer, bien sûr, était

fact was, of course, known to Dwyer but unknown to Goldman. By this time Dwyer had agreed to co-operate with the police and to assist in the investigation. The same day, a body pack transmission device was concealed upon Dwyer's person by the police with Dwyer's consent. Dwyer then went to Goldman's office where he met and had a fifteen minute conversation with him. By means of the concealed body pack, the police, who were some distance away, were able to receive and record the conversation. Prior to the phone call and the meeting with the appellant, Dwyer had signed a form of consent to the interception of his conversations with the appellant.

For the purpose of dealing with this branch of the case, it is not necessary to consider whether the consent on the part of Dwyer was a valid and effective consent or whether the written consent was properly admissible in evidence. These questions will be dealt with later. It is sufficient to observe that it was abundantly clear that, during both the telephone conversation and the personal conversation which followed, Dwyer was fully aware that the police were intercepting and recording the words spoken. Dwyer then had no reasonable expectation that the conversations would not be intercepted. It must be accepted as well that the appellant was unaware of any interception. There is no evidence to suggest that he was aware of Dwyer's involvement with the police. It is a reasonable assumption, which I make for the purpose of this argument, that Goldman did have a reasonable expectation that the conversation would not be intercepted, in other words, that it would be a private communication.

It will be observed at once that under the definition of "private communication" it is the originator's state of mind that is decisive. It follows, in my opinion, that if Dwyer was the sole originator of the communications they were not private communications within the meaning of the Act. They would not be subject to the terms of Part IV.1 of the *Criminal Code*. The appellant's state of mind on the question would seem to be of no significance. It should also be observed, however, that the definition in the *Criminal Code* speaks of a "private communication" and not of a "private

au courant de ce fait, mais Goldman l'ignorait. Dwyer avait à ce moment accepté de coopérer avec la police et d'apporter son aide à l'enquête. Le même jour, un micro-émetteur a été dissimulé sur la personne de Dwyer par la police avec le consentement de celui-ci. Dwyer s'est alors rendu au bureau de Goldman où il a rencontré ce dernier et a eu avec lui une conversation de quinze minutes. Grâce au micro-émetteur, la police, qui se trouvait à quelque distance, a pu capter et enregistrer la conversation. Avant le coup de téléphone et la rencontre avec l'appellant, Dwyer avait signé un formulaire de consentement à l'interception de ses conversations avec l'appellant.

Il n'est pas nécessaire, pour régler cet aspect de l'affaire, de décider si le consentement donné par Dwyer est bon et valide ou si le consentement écrit est valablement admissible en preuve. Ces questions seront examinées plus loin. Il suffit de noter qu'il était très clair que, tant durant la conversation téléphonique que celle en personne qui l'a suivie, Dwyer était parfaitement au courant de l'interception et de l'enregistrement par la police de ce qui était dit. Dwyer ne pouvait donc raisonnablement s'attendre à ce que les conversations ne soient pas interceptées. Il faut admettre également que l'appellant n'était au courant d'aucune interception. Aucune preuve ne laisse entendre qu'il était au courant de la collaboration de Dwyer avec la police. On peut raisonnablement supposer, et je le fais pour les fins du présent débat, que Goldman pouvait raisonnablement s'attendre à ce que la conversation ne soit pas interceptée, en d'autres termes, à ce qu'il s'agisse d'une communication privée.

On note immédiatement que selon la définition de «communication privée», c'est l'état d'esprit de l'auteur qui est décisif. Il en découle, à mon avis, que si Dwyer était l'unique auteur des communications, celles-ci n'étaient pas privées au sens de la Loi. Elles ne seraient pas soumises aux dispositions de la Partie IV.1 du *Code criminel*. L'état d'esprit de l'appellant à cet égard n'aurait aucune importance. Il faut aussi noter, cependant, que la définition du *Code criminel* parle d'une «communication privée» et non d'une «conversation privée». Il incombe à la cour de décider s'il y a une différence

conversation". It falls for the court to determine whether there is any difference in the two words, for if there is and if a conversation is made up of a series of communications given and received by each of the participants the problem is more difficult. The conversation would have to be broken down into its several component communications and those communications originated by Dwyer would not be subject to Part IV.1 of the *Criminal Code* and would be admissible at common law as if Part IV.1 had not been enacted. Those originated by Goldman, who was innocent of knowledge of the police role in the matter, would be subject to the provisions of Part IV.1 of the *Criminal Code* and their admissibility against him would be determinable under the provisions of that part of the *Criminal Code*. The extent of the applicability of Part IV.1 must therefore be determined.

Where one is considering a telephone conversation, it would be tempting to say that the originator of the private communication is the person who made the call. It would be equally possible to consider the originator to be the person who spoke first regardless of who made the call. When considering a direct conversation, one could consider as the originator of the entire conversation either the arranger of the meeting at which the conversation took place or the person who made the first remark. The adoption of such arbitrary tests, however, involves, in my view, an oversimplification. There has been little Canadian authority on this point and none which binds this Court. This is the first occasion when it has fallen for decision here. In *R. v. Miller & Thomas (No. 1)*³, it seems to have been considered that the originator of a private telephone conversation was the person who made the call. In an unreported case in the Supreme Court of British Columbia, *R. v. Jasicek*, McKay J., in making a ruling on the admissibility of certain evidence during the course of the trial, rejected the argument that a conversation must be broken down into its separate communications. He considered it would involve a "strained and unrealistic interpretation of clear words in the statute". In *R. v. Zoell*, in the Saskatchewan Court of

³ (1975), 28 C.C.C. (2d) 94 (B.C. Co. Ct.).

entre les deux termes, car s'il y en a une et si une conversation est composée d'une série de communications émises et reçues par chaque participant, le problème est plus complexe. Il faudrait ramener la conversation aux multiples communications qui la composent et celles dont Dwyer est l'auteur ne seraient pas soumises aux dispositions de la Partie IV.1 du *Code criminel* et seraient admissibles en *common law* comme si la Partie IV.1 n'avait pas été édictée. Celles dont Goldman est l'auteur, ignorant le rôle de la police dans l'affaire, seraient soumises aux dispositions de la Partie IV.1 du *Code criminel* et leur admissibilité serait déterminée conformément à cette partie du *Code criminel*. Il faut donc déterminer dans quelle mesure la Partie IV.1 s'applique.

Lorsqu'on examine une conversation téléphonique, il serait tentant de dire que l'auteur de la communication privée est la personne qui a appelé. Il serait également possible de considérer que l'auteur en est la personne qui a parlé la première sans tenir compte de qui a appelé. Lorsqu'on examine une conversation en personne, on pourrait considérer que l'auteur de toute la conversation est soit celui qui a organisé la rencontre au cours de laquelle la conversation s'est déroulée soit celui qui a prononcé les premiers mots. A mon avis, c'est cependant trop simplifier que d'adopter pareils critères arbitraires. Il y a peu de décisions canadiennes sur ce sujet et aucun ne lie cette Cour. C'est la première fois que ce point nous est soumis. Dans *R. v. Miller & Thomas (No. 1)*³, il semble qu'on ait considéré la personne qui a appelé comme l'auteur d'une conversation téléphonique privée. Dans une décision inédite de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, *R. c. Jasicek*, le juge McKay, statuant sur l'admissibilité d'éléments de preuve au procès, a rejeté l'argument qu'il fallait ramener une conversation à ses communications distinctes. Il a considéré que cela nécessiterait une [TRADUCTION] «interprétation forcée et irréaliste des termes clairs de la Loi». Dans *R. c. Zoell*, en Cour d'appel de la Saskatche-

³ (1975), 28 C.C.C. (2d) 94 (C. comté C.-B.).

Appeal, April 4, 1977 (as yet unreported), a case dealing with a charge of possession of an electromagnetic device for scanning radio broadcasts contrary to s. 178.18(1) of the *Criminal Code*, the question arose whether police broadcasts made by police with the knowledge of a high probability of unauthorized interception were private communications. Some inferential support may be found for the separate communication argument in the words of Culliton C.J.S. where he said:

It is to be noted that the criterion to be applied in determining what constitutes a "private communication" is an objective one. That test relates only to what is in the mind of the sender. In the present case the test is simply this. In the circumstances, as shown by the evidence, under which oral radio communications are regularly made by the Regina City Police over the assigned radio frequency, can it be said, that the sender of such communications can reasonably expect that they will not be intercepted by any person other than the persons intended to receive them? (Emphasis added.)

The purpose, it has been frequently said, of Part IV.1 of the *Code* was to protect the right to privacy. It may be more realistic to say that the purpose or effect of Part IV.1 has been to regulate the method of breach of any such right. That the right may be subject to frequent lawful breach is clear from the scheme of Part IV.1 but the courts must be astute to limit breaches to the extent provided by the *Code*. With that thought in mind, it must be observed that Part IV.1 applies to the electronic interception of private communications not private conversations. In such judicial comment as I have been able to find, the courts have generally seemed to consider that communication in this context is synonymous with conversation. Accepting this view, they have simply said that he who starts the conversation is the originator. It is evident that the determination of the originator of any given communication must be made upon a construction of the words of the *Code*.

It is elementary to say that the courts must discern and apply the legislative intent when construing the statutes. The intent must be found upon an examination of the words employed in the enactment for it is the intent which the legislature

wan, en date du 4 avril 1977 (inédit), une affaire où il s'agissait d'une accusation de possession d'un dispositif électromagnétique destiné au balayage des émissions radio contrairement au par. 178.18(1) du *Code criminel*, la question s'est posée de savoir si les émissions que la police diffuse en connaissant la forte probabilité d'interception non autorisée étaient des communications privées. Par déduction, la théorie des communications distinctes peut trouver un appui dans le passage suivant où le juge en chef Culliton a dit:

[TRADUCTION] Il faut noter que le critère à appliquer pour déterminer ce qui constitue une «communication privée» est un critère objectif. Il ne se rapporte qu'à ce qui est dans l'esprit de l'auteur. En l'espèce ce critère est simplement celui-ci. Dans les circonstances, établies par la preuve, où la police de la ville de Regina fait régulièrement des communications radio orales sur la fréquence qui lui est assignée, peut-on dire que l'auteur de ces communications peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elles ne soient pas interceptées par d'autres personnes que celles auxquelles elles sont destinées? (C'est moi qui souligne.)

L'objet de la Partie IV.1 du *Code*, comme on l'a dit fréquemment, est de protéger le droit à la vie privée. Il serait plus réaliste de dire que l'objet ou l'effet de la Partie IV.1 est de réglementer la façon d'enfreindre ce droit. Il ressort clairement de l'économie de la Partie IV.1 que ce droit est susceptible de violations légales fréquentes, mais les cours doivent être assez avisées pour maintenir ces violations dans les limites établies par le *Code*. Gardant cela à l'esprit, il faut noter que la Partie IV.1 s'applique à l'interception électronique de communications privées, non de conversations privées. Dans les commentaires judiciaires que j'ai pu trouver, les cours ont en général semblé considérer que, dans ce contexte, communication et conversation sont synonymes. Vu cette interprétation, elles ont simplement dit que l'auteur de la conversation est celui qui l'engage. Il est évident que pour décider qui est l'auteur d'une communication donnée, il faut interpréter les termes employés par le *Code*.

Il est élémentaire de dire que les cours doivent dégager l'intention du législateur et l'appliquer quand elles interprètent les lois. C'est en examinant les mots employés dans la loi que l'on doit dégager l'intention, car c'est à l'intention exprimée

expressed which must have effect. It is for this reason that the meaning of statutory language must be examined and on occasions fine distinctions must be made. In my view, the difference between the word conversation and the word communication is, in the context of this statutory provision, significant. A communication involves the passing of thoughts, ideas, words or information from one person to another. Conversation is a broader term and it would include, as all conversations do, an interchange of a series of separate communications. It is consistent with the scheme of Part IV.1, in my view, to consider that the originator of a private communication within the meaning of s. 178.1 is the person who makes the remark or series of remarks which the Crown seeks to adduce in evidence. If a person, with a reasonable expectation of privacy, speaking in an electronically intercepted conversation makes statements which the Crown seeks to use against him, he has, in my view, as the originator of those statements, the protection of the privacy provisions of the *Criminal Code* because those statements constitute private communications upon his part and their admissibility at any subsequent trial will depend upon the provisions of Part IV.1 of the *Criminal Code*. I do not find this a strained or unrealistic interpretation of the words of the statute. In fact, where a police officer or police agent participates in a conversation with a suspect knowing that it is being intercepted electronically and hears the suspect make hoped for inculpatory statements of importance to the Crown's case, I am unable to consider the police officer to be the originator of the very statement or statements he was seeking to obtain.

It follows from what I have said that the Act applies here to those statements in the telephone conversation and personal conversation between Dwyer and the appellant which were originated by the appellant. To the extent that the conversations were so originated the communications were private communications under the Act and the Act applies to them.

I now turn to the other points taken in argument on behalf of the appellant. It was contended that the Court of Appeal was in error when it held that

par le législateur qu'il faut donner effet. C'est pour cela qu'il faut examiner le sens des termes de la loi et faire parfois de subtiles distinctions. A mon avis, la différence entre le mot conversation et le mot communication est importante dans le contexte de cette disposition. Une communication comprend la transmission de pensées, d'idées, de mots ou de renseignements d'une personne à une autre. Le terme conversation est plus large et inclurait, comme toutes les conversations, l'échange d'une série de communications distinctes. Considérer que l'auteur d'une communication privée au sens de l'art. 178.1 est la personne qui fait la remarque ou série de remarques que le ministère public cherche à produire en preuve est, selon moi, compatible avec l'économie de la Partie IV.1. Si une personne qui peut raisonnablement s'attendre à une certaine intimité, fait, au cours d'une conversation interceptée électroniquement, des déclarations que le ministère public cherche à utiliser contre elle, elle bénéficie, à mon avis, à titre d'auteur de ces déclarations, des dispositions de protection de la vie privée du *Code criminel*, parce que ces déclarations constituent des communications privées de sa part et leur admissibilité à un procès subséquent sera soumise aux dispositions de la Partie IV.1 du *Code criminel*. Je ne crois pas qu'il s'agisse là d'une interprétation forcée ou irréaliste des termes de la loi. D'ailleurs, lorsqu'un policier est partie à une conversation avec un suspect, sachant qu'elle est interceptée électroniquement, et entend le suspect faire les déclarations incriminantes attendues et utiles à la preuve à charge, je ne peux considérer que le policier est l'auteur des déclarations mêmes qu'il cherchait à obtenir.

Il découle de ce qui précède que la Loi s'applique en l'espèce aux déclarations faites au cours de la conversation téléphonique et de celle en personne entre Dwyer et l'appellant dont l'appellant est l'auteur. Dans cette mesure, les communications étaient privées au sens de la Loi et la Loi s'y applique.

J'en viens maintenant aux autres points plaidés par l'appellant. On a prétendu que la Cour d'appel s'est trompée en statuant que les interceptions

the interceptions were admissible in evidence under the provisions of s. 178.16(1)(a) as being lawfully made when there had been no judicial authorization for the making of the interceptions and the Crown relied solely on a consent to intercept under s. 178.11(2)(a).

Section 178.11 is reproduced above and the relevant parts of s. 178.16 as they then stood are reproduced hereunder:

178.16 (1) A private communication that has been intercepted and evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication are both inadmissible as evidence against the originator thereof or the person intended by the originator thereof to receive it unless

- (a) the interception was lawfully made; or
- (b) the originator of the private communication or the person intended by the originator thereof to receive it has expressly consented to the admission thereof.

In dealing with this point Brooke J.A. for the Court of Appeal said:

With the greatest deference I do not agree with the conclusion that the tape recordings were inadmissible in evidence as the interception was not lawfully made within the meaning of s. 178.16. Like some others, the learned trial judge interpreted the judgment of this Court in *R. v. LaSarge* (1976), 26 C.C.C. (2d) 388, as holding that to be lawfully made and admissible under s. 178.16 an interception must be made pursuant to an authorization provided for in Part IV of the Code. In my opinion, this is not the effect of that decision. In both the judgments of Houlden, J.A. and that of Martin, J.A., it is clear that consent was not in issue there but that in the circumstances of the case to be lawfully made the interception required an authorization.

Section 178.16 provides for the admissibility in evidence of an interception of a private communication in two circumstances. The evidence of the interception is admissible, first, if the interception was lawfully made and, second, evidence of all other interceptions is admissible with the consent specified in s. 178.16(1)(b). An interception of a private communication is lawfully made if one of the parties to it consented to the interception. Prior to the passing of Part IV there was no protection against the person to whom one chose to speak consenting to another listening in. Part IV proceeds on the same basis. This Court in *R. v. Douglas* (1977), 33 C.C.C.

étaient admissibles en preuve en vertu des dispositions de l'al. 178.16(1)a) comme faites légalement alors qu'aucune autorisation judiciaire des interceptions n'avait été accordée et que le ministère public s'est appuyé uniquement sur un consentement à l'interception donné en vertu de l'al. 178.11(2)a).

L'article 178.11 a déjà été reproduit et les parties pertinentes de l'art. 178.16 en vigueur à l'époque sont reproduites ci-après:

178.16 (1) Une communication privée qui a été interceptée et une preuve obtenue directement ou indirectement grâce à des renseignements recueillis par l'interception d'une communication privée sont toutes deux inadmissibles en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins

- a) que l'interception n'ait été faite légalement; ou
- b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve.

Sur ce point le juge Brooke a dit pour la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Avec égards, je ne suis pas d'accord avec la conclusion que les enregistrements sur bandes étaient inadmissibles en preuve parce que l'interception n'a pas été faite légalement au sens de l'art. 178.16. Comme d'autres juges, le savant juge du procès a donné l'interprétation suivante de l'arrêt de cette Cour, *R. v. LaSarge* (1976), 26 C.C.C. (2d) 388: pour être faite légalement et être admissible au sens de l'art. 178.16, une interception devait être faite en vertu d'une autorisation prescrite par la Partie IV du Code. A mon avis, cet arrêt n'a pas cette portée. Il ressort tant des motifs du juge Houlden que de ceux du juge Martin, que le consentement n'était pas en litige dans cette affaire mais que, dans les circonstances, l'interception devait être autorisée pour être faite légalement.

L'article 178.16 prévoit l'admissibilité en preuve d'une communication privée interceptée dans deux cas. La preuve de l'interception est admissible, premièrement, si l'interception a été faite légalement et, deuxièmement, la preuve de toute autre interception est admissible avec le consentement spécifié à l'al. 178.16(1)b). L'interception d'une communication privée est faite légalement si l'une des parties à celle-ci y consent. Avant l'adoption de la Partie IV, il n'y avait aucune protection si la personne, à qui on choisissait de parler, consentait à ce qu'un tiers écoute. La Partie IV se fonde sur la même prémisse. Dans l'arrêt *R. v. Douglas* (1977), 33 C.C.C. (2d) 395,

(2d) 395 affirmed the admissibility in evidence of an interception made with consent of a party to it who was an undercover agent when no authorization covered the interception (see Zuber, J.A., pp. 400-401). In my opinion an interception is lawfully made if made under circumstances enumerated by s. 178.11(2).

I am in full agreement with Brooke J.A. in his comments above quoted and I agree with him that *R. v. LaSarge*⁴ is not authority for the proposition that the words "lawfully made" in s. 178.16(1)(a) mean only an interception made by judicial authorization. Section 178.11(1) makes it an indictable offence to intercept a private communication by means of the devices described and in subs. (2) provides that subs. (1) which created the offence will not apply to a person who has the consent, express or implied, of the originator of the private communication or of the person intended to receive it. This consent is a consent to interception and its effect is to preserve from illegality, in other words to render lawful, an interception of a private communication made with consent. It is important to note as well that the consent may be express or implied and may be given by either the originator of the private communication or the intended recipient. Section 178.16 is complementary to s. 178.11. It deals with admissibility of evidence which has been obtained by interceptions of private communications. It provides that an intercepted private communication is inadmissible as evidence against its originator or the person intended to receive it unless it was lawfully made or unless the originator or the person intended to receive it has expressly consented to the admission. The Crown does not allege that any such consent as that envisaged in s. 178.16(1)(b) was given in the case at bar. Therefore, that subsection is not relevant to the case. However, it is worthwhile to note that the 178.16(1)(b) consent differs from the consent in s. 178.11(2)(a) in that it is a consent to admit evidence not to intercept. The Crown's position here is simply this, by virtue of Dwyer's consent given under s. 178.11(2)(a), the interceptions were lawfully made within the meaning of s. 178.16(1)(a) and evidence thereof was admissible

⁴ (1976), 26 C.C.C. (2d) 388.

cette Cour a confirmé l'admissibilité en preuve d'une interception faite avec le consentement d'une partie à la communication qui était un agent secret lorsque l'interception n'était pas autorisée (voir le juge Zuber, aux pp. 400 et 401). A mon avis, une interception est faite légalement si elle l'est dans les circonstances énumérées au par. 178.11(2).

Je suis entièrement d'accord avec les remarques susmentionnées du juge Brooke et je partage son opinion que *R. v. LaSarge*⁴ ne fait pas autorité pour dire que l'expression «faite légalement» à l'al. 178.16(1)a) ne vise qu'une interception faite sur autorisation judiciaire. Le paragraphe 178.11(1) prévoit que l'interception d'une communication privée au moyen des dispositifs décrits constitue un acte criminel et le par. (2) soustrait à l'application du par. (1), qui crée l'infraction, une personne qui a obtenu le consentement exprès ou tacite de l'auteur de la communication privée ou de la personne à laquelle son auteur la destine. Il s'agit d'un consentement à l'interception et son effet est de soustraire à l'illégalité, en d'autres mots, de rendre légale, l'interception d'une communication privée faite avec ce consentement. Il importe de noter également que le consentement peut être exprès ou tacite et peut être donné soit par l'auteur de la communication privée soit par la personne à laquelle il la destine. L'article 178.16 vient compléter l'art. 178.11. Il porte sur l'admissibilité d'une preuve obtenue au moyen de l'interception de communications privées. Il prévoit qu'une communication privée qui a été interceptée est inadmissible en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins qu'elle n'ait été faite légalement ou que l'auteur ou la personne à laquelle il la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise. Le ministère public ne fait pas valoir qu'un consentement de la nature envisagée par l'al. 178.16(1)b) a été donné en l'espèce. Cette disposition n'est donc pas pertinente. Cependant, il est utile de noter que le consentement visé à l'al. 178.16(1)b) diffère de celui visé à l'al. 178.11(2)a) en ce qu'il s'agit d'un consentement à l'admission en preuve, non à l'interception. Le ministère public prétend simplement en l'espèce que les interceptions ont été faites

⁴ (1976), 26 C.C.C. (2d) 388.

notwithstanding the absence of any further consent under s. 178.16(1)(b).

The appellant contended that the words "lawfully made" in s. 178.16(1)(a) referred only to an interception made under a judicial authorization under s. 178.11(2)(a). To support this position, he referred to the amendments to the *Crown Liability Act* which were also made in the *Protection of Privacy Act* in s. 7.2 part of which is reproduced hereunder:

7.2 (1) Subject to subsection (2), where a servant of the Crown, by means of an electromagnetic, acoustic, mechanical or other device, intentionally intercepts a private communication, in the course of his employment, the Crown is liable for all loss or damage caused by or attributable to such interception, and for punitive damages in an amount not exceeding \$5,000 to each person who incurred such loss or damage.

(2) The Crown is not liable under subsection (1) for loss or damage or punitive damages referred to therein where the interception complained of

(a) was lawfully made;

(b) was made with the consent, express or implied, of the originator of the private communication or of the person intended by the originator thereof to receive it;

It will be seen that subs. 7.2(1) creates "tortious liability" upon the Crown for intentional interception of private communications and subs. (2) relieves against such liability where (a) the interception has been lawfully made, and (b) when it is made with consent. It was argued that this enactment established a difference between an interception lawfully made and one made by consent so that the words "lawfully made" would not include an interception made by consent. This distinction, it was said, should be preserved throughout the entire *Protection of Privacy Act* with the result that an interception "lawfully made" within the meaning of s. 178.16(1)(a) of the *Criminal Code* should not include an interception made by consent under s. 178.11(2)(a) of the *Criminal Code*.

légalement au sens de l'al. 178.16(1)a), vu le consentement donné par Dwyer conformément à l'al. 178.11(2)a) et que la preuve en était admissible nonobstant l'absence de tout autre consentement en vertu de l'al. 178.16(1)b).

L'appelant a soutenu que l'expression «faite légalement» à l'al. 178.16(1)a) ne se rapporte qu'à une interception faite avec une autorisation judiciaire conformément à l'al. 178.11(2)a). A l'appui de cette position, il a fait référence aux modifications à la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* apportées par l'art. 7.2 de la *Loi sur la protection de la vie privée*, dont voici un extrait:

7.2 (1) Sous réserve du paragraphe (2), lorsqu'un préposé de la Couronne, au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, intercepte intentionnellement une communication privée dans l'exercice de ses fonctions, la Couronne est responsable de la totalité des pertes ou dommages causés par cette interception ou qui lui sont attribuables, et de dommages-intérêts punitifs n'excédant pas \$5,000 envers chaque personne qui a subi ces pertes ou dommages.

(2) La Couronne n'est pas responsable, en vertu du paragraphe (1), des pertes ou dommages ni des dommages-intérêts punitifs y mentionnés lorsque l'interception ayant fait l'objet de la plainte

a) a été légalement faite;

b) a été faite avec le consentement, exprès ou tacite, de l'auteur de la communication privée ou de la personne à laquelle son auteur la destinait;

On voit que le par. 7.2(1) crée une «responsabilité délictuelle» de Sa Majesté pour l'interception intentionnelle de communications privées et que le par. (2) l'exonère de cette responsabilité lorsque a) l'interception a été légalement faite, et b) lorsqu'elle a été faite avec consentement. On a soutenu que cette disposition établit une différence entre une interception légalement faite et celle faite avec consentement, de sorte que l'expression «légalement faite» n'inclurait pas une interception faite avec consentement. Il faut maintenir cette distinction, dit-on, dans toute la *Loi sur la protection de la vie privée* de sorte qu'une interception «faite légalement» au sens de l'al. 178.16(1)a) du *Code criminel* ne devrait pas comprendre une interception faite avec consentement en vertu de l'al. 178.11(2)a) du *Code criminel*.

I am not prepared to accept this argument by analogy. It was said that well established canons of construction dictated that words should receive a uniform meaning when used repeatedly in the same statute or in one in *para materia*. Following this principle, it was said, the separate parts of the *Protection of Privacy Act* which amended the *Criminal Code*, the *Crown Liability Act* and the *Official Secrets Act*, respectively, should be construed as a unified whole, providing one body of law applying to the separate situations covered by the separate Acts which were amended. I have no quarrel with the general proposition thus expressed but, in my view, it has no application here. Canons of construction find their principal use where there is ambiguity. They must not be employed, however, to twist and torture the plain meaning of words. Furthermore, it is not every inconsistency or contradiction in a statute which will justify reliance on artificial rules of construction in order to find a meaning which would not otherwise be clearly apparent and which would be contradictory to a clear expression of intent. Whatever questions may arise in attempting to reconcile the alleged differences between the *Criminal Code* amendments made in the *Protection of Privacy Act* and the amendments there made to the *Crown Liability Act*, it is perfectly clear that prior to the passing of the *Protection of Privacy Act* interceptions such as those in question here were lawful. It is equally clear that the only provision in the *Criminal Code* which could render such interceptions unlawful is s. 178.11(1). It is also clear that subs. (2) of s. 178.11 excepts from the strictures of subs. (1) an interception by consent. It follows then unmistakably that a consent interception under s. 178.11(2) is unaffected by subs. (1) and remains lawful. Therefore the interception here, if made with a valid consent, would be lawfully made within the meaning of s. 178.16(1)(a) and evidence thereof would be admissible.

The second and third points argued by the appellant may be dealt with together and they will require some more detailed reference to the evidence. It was argued that the Court of Appeal and

Je n'accepte pas cette analogie. On a dit que selon des règles bien établies d'interprétation, les mots doivent recevoir un sens uniforme lorsqu'ils sont employés à plusieurs reprises dans la même loi ou dans une loi sur un même sujet. Suivant ce principe, a-t-on dit, les parties distinctes de la *Loi sur la protection de la vie privée* qui ont modifié le *Code criminel*, la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* et la *Loi sur les secrets officiels*, respectivement, devraient être interprétées comme un tout unique, établissant un ensemble de règles applicables aux situations distinctes relevant des lois distinctes ainsi modifiées. Je ne critique pas la proposition générale ainsi exprimée mais, à mon avis, elle ne s'applique pas en l'espèce. Les règles d'interprétation sont surtout utiles lorsqu'il y a ambiguïté. Elles ne doivent cependant pas servir à déformer et à dénaturer le sens évident des mots. De plus, ce n'est pas chaque incohérence ou contradiction dans une loi qui va justifier le recours à des règles d'interprétation artificielles pour trouver un sens qui n'apparaîtrait pas clairement par ailleurs et qui contredirait une intention clairement exprimée. Quelles que soient les difficultés qui puissent exister lorsqu'on tente de concilier les supposées différences entre les modifications apportées au *Code criminel* par la *Loi sur la protection de la vie privée* et les modifications que cette dernière a apportées à la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, il est parfaitement clair qu'avant l'adoption de la *Loi sur la protection de la vie privée*, des interceptions comme celles en cause en l'espèce étaient légales. Il est tout aussi clair que la seule disposition du *Code criminel* qui peut rendre ces interceptions illégales est le par. 178.11(1). De même, il est clair que le par. 178.11(2) soustrait aux exigences du par. (1) une interception avec consentement. Il en découle donc inévitablement qu'une interception avec consentement en vertu du par. 178.11(2) n'est pas touchée par le par. (1) et demeure légale. En conséquence si l'interception en l'espèce a été faite avec un consentement valide, elle l'a été également au sens de l'al. 178.16(1)a) et la preuve en serait admissible.

On peut traiter ensemble des deuxième et troisième points plaidés par l'appelant et qui requièrent des renvois plus précis à la preuve. On a soutenu que la Cour d'appel et le juge du procès se

the trial judge were in error in their determination of what constituted a consent under s. 178.11(2)(a) and in the further finding that Dwyer in fact gave a valid consent.

Dwyer was arrested in Florida on May 17, 1976. He had been caught while trying to pass a counterfeit fifty dollar American bill in a retail store. A search made of his person on his arrest revealed that he was then carrying three more fifty dollar counterfeit bills and two counterfeit ten dollar bills, all American. He was questioned by the American authorities. He directed the police to a restaurant where a woman friend of his gave to the police a further quantity of American counterfeit notes to a face value of four thousand one hundred and ninety dollars. Dwyer was released the same day on his own recognizance in the amount of twenty-five thousand dollars with no deposit. He appeared as required the following day before a U.S. magistrate and was released on his own recognizance in the amount of five thousand dollars without deposit. Dwyer agreed to co-operate with the police in the matter and that day flew to Toronto with the American police officers. From the evidence of American police, it was clear that Dwyer had been questioned at length after his arrest as had his woman friend. They had been told of possible charges they would face which could involve maximum sentences of imprisonment for fifteen years. In the result, Dwyer pleaded guilty to a charge of attempted uttering of counterfeit money. His plea was taken in the magistrate's chambers and he was released on probation. No charges were preferred against his woman friend but the officer acknowledged that they were "held in abeyance". The officers denied that any threats or inducements were employed in the matter.

Dwyer was interrogated by the police on his arrival in Toronto. A police officer, one Constable Sayers of the Toronto police, described how the interceptions were made. He interviewed Dwyer about 8.00 p.m. on May 19, 1976. He said he explained the consent form which he presented to Dwyer and Dwyer signed it. This form is exhibit 11 and is in these words:

sont trompés sur ce qui constitue un consentement au sens de l'al. 178.11(2)a) ainsi que dans leur conclusion que Dwyer a bien donné un consentement valide.

Dwyer a été arrêté en Floride le 17 mai 1976. Il a été pris alors qu'il essayait de passer un billet contrefait de cinquante dollars américain dans un magasin. La fouille à laquelle il a été soumis lors de son arrestation a permis de trouver sur lui trois autres billets contrefaits de \$50 et deux billets contrefaits de \$10, tous américains. Les autorités américaines l'ont interrogé. Il a conduit la police à un restaurant où une de ses amies a remis à la police d'autres billets américains contrefaits d'une valeur nominale de quatre mille cent quatre-vingt-dix dollars. Dwyer a été relâché le même jour après avoir contracté un engagement personnel d'un montant de vingt-cinq mille dollars, sans dépôt. Il a comparu comme requis le lendemain devant un magistrat américain et a été relâché après avoir contracté un engagement de cinq mille dollars, sans dépôt. Dwyer a accepté de collaborer avec la police et s'est envolé pour Toronto ce jour-là avec des policiers américains. Il ressort clairement du témoignage de la police américaine que Dwyer, tout comme son amie, a subi un interrogatoire complet après son arrestation. On les avait informés des accusations qui pouvaient être portées contre eux, auxquelles s'attachaient des peines d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à quinze ans. Finalement, Dwyer a plaidé coupable sur une accusation de tentative de passer de la monnaie contrefaite. Son plaidoyer a été enregistré devant le magistrat en chambre et il a été libéré avec une ordonnance de probation. On n'a pas porté d'accusations contre son amie, mais le policier a reconnu qu'elles «étaient suspendues». Les policiers ont nié que des menaces ou promesses aient été employées dans cette affaire.

La police a interrogé Dwyer à son arrivée à Toronto. Un policier, l'agent Sayers de la police de Toronto, a décrit comment les interceptions ont été faites. Il a interrogé Dwyer le 19 mai 1976 vers 20h. Il a dit avoir expliqué à Dwyer le formulaire de consentement qu'il lui a présenté et que Dwyer a signé. Ce formulaire est la pièce 11 et se lit comme suit:

an electronic device on the telephone of one of the senior police officers in the police building. This device enabled the interception of conversation on this telephone. Dwyer, in the presence of various police officers, then made a call on the telephone so equipped to Goldman. At about 12:30 p.m. the same day, Sayers outfitted Dwyer again with a concealed body pack voice transmitter. He then went to the vicinity of 1240 Bay Street in Toronto where Goldman's office was situated and from the transmissions from Dwyer's body pack he recorded a conversation of about fifteen minutes' duration between Dwyer and Goldman. The tapes and transcripts made of the interceptions of the call by Dwyer on the telephone from the police office and the conversation between Dwyer and Goldman at 1240 Bay Street are those which the Crown adduced in evidence.

During this period, that is, from the time of the arrest of Dwyer to the conclusion of his activities in Toronto, he was subjected to detailed questioning by the police. The police said that he was co-operative, that he was not threatened or offered special inducements, but it is clear that in return for his co-operation he was leniently dealt with and his woman friend was not prosecuted. The police officers were closely cross-examined and certain conflicting evidence was brought out. However, the trial judge who heard the evidence and saw the witnesses over a period of some six days said:

Fundamental to this aspect of the Crown's argument is the issue of consent, one of the principal issues upon which counsel have joined. Did Dwyer consent to the interception and if so, was that consent real and valid? Considerable evidence was given from which Dwyer's attitude and his state of mind may be assessed during the course of preparatory steps taken for the interception as well as during and following the interception. Each officer who had any significant contact with Dwyer at these critical times appears to have given evidence. I have been satisfied by the Crown that there is no evidence to support Mr. Levy's suggestion that Dwyer's consent was the result of actual or threatened force, coercion, duress or any similar conduct on the part of the authorities.

Dwyer was a person of some recorded criminal reputation and was found in constructive possession of a

un dispositif électronique sur le téléphone de l'un des policiers supérieurs au poste de police. Ce dispositif permettait l'interception des conversations sur ce téléphone. Dwyer, en présence de plusieurs policiers, a alors appelé Goldman avec le téléphone ainsi équipé. Vers 12h30 le même jour, Sayers a de nouveau dissimulé un micro-émetteur sur la personne de Dwyer. Il s'est alors rendu dans les environs du 1240, rue Bay à Toronto où était situé le bureau de Goldman et a enregistré une conversation d'une durée d'environ quinze minutes entre Dwyer et Goldman, retransmise par le micro-émetteur de Dwyer. Ce sont les enregistrements et les transcriptions des interceptions de l'appel téléphonique fait par Dwyer sur le téléphone du poste de police et de la conversation entre Dwyer et Goldman au 1240, rue Bay que le ministère public a produits en preuve.

Durant cette période, soit de son arrestation jusqu'à la fin de ses activités à Toronto, Dwyer a été soumis à un interrogatoire détaillé par la police. La police a dit qu'il avait coopéré, qu'il n'avait pas été menacé ou qu'on ne lui avait pas fait de promesses spéciales, mais il est clair qu'en échange de sa coopération, il a été traité avec indulgence et que son amie n'a pas été poursuivie. Un contre-interrogatoire serré des policiers a fait ressortir certaines contradictions dans leur témoignage. Cependant le juge du procès qui a entendu les témoignages et vu les témoins pendant quelque six jours a dit:

[TRADUCTION] La question du consentement est au cœur de cet aspect de la plaidoirie du ministère public, une des questions principales sur lesquelles les avocats ont lié contestation. Dwyer a-t-il consenti à l'interception et, si oui, ce consentement était-il authentique et valide? De nombreux éléments de preuve ont été apportés permettant d'apprécier l'attitude et l'état d'esprit de Dwyer pendant les démarches préparatoires aux interceptions de même que pendant et après ces dernières. Il semble que tous les policiers qui ont été en contact avec Dwyer aux moments critiques ont témoigné. Le ministère public m'a convaincu qu'aucune preuve ne fonde la prétention de M^e Levy que le consentement de Dwyer a été arraché par la contrainte, la coercition, des menaces, ou toute conduite semblable, réelles ou appréhendées de la part des autorités.

Dwyer a un casier judiciaire et il a été trouvé en possession, par interprétation, d'une somme importante

substantial amount of counterfeit money. In the result, he was prosecuted upon a relatively minor offence, was released upon his personal bond without restriction. He was sentenced in Judges' Chambers, a procedure acknowledged as extraordinary by one of the American officers who testified. He received what might be interpreted as a sanction inappropriately lenient to both his conduct and his previous criminal record. The prosecution of his woman companion was held in abeyance. No charges were contemplated in Ontario. The evidence contains vague but unmistakable reference to some form of agreement in which leniency was to be exchanged for Dwyer's cooperation.

The only reasonable inference on all of the evidence is that Dwyer was in fact persuaded by promise of leniency to cooperate with the police in the interception.

And later:

I am accordingly prepared to find that the Crown has satisfied me that Dwyer in fact gave real and valid consent to the interception although undoubtedly persuaded to do so by promises of leniency given him by the police.

It is evident that the trial judge understood the importance of the issue before him. It is evident as well that he was not blind to the fact that Dwyer co-operated with the police out of selfish motives in exchange for leniency but he nevertheless considered that an effective and acceptable consent had been given. I am not prepared, on my reading of the evidence, to disturb that finding.

The Court of Appeal, while differing in the result because of its interpretation of s. 178.16 of the *Criminal Code*, was also of this view. Brooke J.A. said:

Turning first to Mr. Levy's submission that the trial judge erred in making his finding that Dwyer gave a real and valid consent. It is important to recognize, that in cases such as this one, where the person who would normally be the principal witness was not present, and gave no evidence, while the issue and degree of proof remain the same, extra caution is required by the Court in testing the evidence presented. After all, the only witnesses were police witnesses whose conduct was very much in issue and it remained unchallenged, save as tested by cross-examination. In this case Mr. Levy quite correctly refers to the finding by the learned trial judge,

de monnaie contrefaite. Finalement, il a été accusé d'une infraction relativement mineure et libéré après avoir contracté un engagement personnel sans restrictions. Il a été condamné par le juge en chambre, procédure reconnue exceptionnelle par l'un des policiers américains qui a témoigné. La sanction dont il a fait l'objet peut être considérée comme d'une indulgence incompatible tant avec sa conduite qu'avec son casier judiciaire. Les poursuites contre son amie ont été suspendues. On n'a pas envisagé de porter d'accusations en Ontario. La preuve contient des références vagues mais non équivoques à une forme d'entente selon laquelle la coopération de Dwyer lui valait cette indulgence.

La seule déduction logique de l'ensemble de la preuve est qu'en réalité on a persuadé Dwyer, par une promesse d'indulgence, de coopérer avec la police pour l'interception.

Et plus loin:

[TRADUCTION] Je suis donc disposé à conclure que le ministère public m'a convaincu que Dwyer a en réalité donné un consentement authentique et valide à l'interception, bien qu'il ne fasse aucun doute qu'il en a été persuadé par des promesses d'indulgence faites par la police.

Il est évident que le juge du procès était conscient de l'importance de la question qu'il devait trancher. Il est tout aussi clair qu'il était conscient du fait que Dwyer avait coopéré avec la police pour des raisons d'intérêt personnel en échange de l'indulgence, mais il a néanmoins estimé qu'un consentement bon et acceptable avait été donné. Je ne puis, vu mon interprétation de la preuve, modifier cette conclusion.

Bien que la Cour d'appel ait rendu une décision différente à cause de son interprétation de l'art. 178.16 du *Code criminel*, elle partage ce point de vue. Le juge Brooke a dit:

[TRADUCTION] Passons d'abord à la prétention de M^e Levy que le juge du procès s'est trompé en concluant que Dwyer a donné un consentement authentique et valide. Il importe d'être conscient qu'en pareils cas, où la personne qui serait normalement le témoin principal est absente et n'a pas témoigné, bien que la question et le poids de la preuve ne changent pas, la Cour doit examiner la preuve avec une prudence particulière. En somme, les seuls témoins étaient les policiers dont la conduite même est au cœur du litige et n'a pas été attaquée, sauf par l'épreuve du contre-interrogatoire. En l'espèce, M^e Levy souligne fort justement que la conclusion du juge

that Dwyer was undoubtedly persuaded to consent to the interception by promises of leniency by the police as a finding against the credibility of police witnesses who repeatedly stated that Dwyer had been promised nothing. Mr. Levy refers to the significant instance in Toronto where Dwyer had lied to the police and led them to a false meet which was quite the contrary to co-operation. He draws our attention to the fact that for some unstated reason Dwyer then became sincere in his co-operation after police accusations of deceit and an attempt to use them. Counsel submits that there must at least have been coercion or something more than mere promises of leniency. He contends that one finding against the credibility of police witnesses should cast doubt on the whole affair.

Considering all of the evidence and proceeding with the caution I have referred to, I find no reason to say the learned trial judge was wrong on the evidence before him in making the finding that he did. It is clear from the beginning that Dwyer set out to co-operate and achieve his freedom with the least punishment possible. His co-operation was the means through which he sought to minimize the seriousness of his position that he knew could attract a very heavy penalty. The evidence of the events which took place in Florida is consistent only with this view.

He continued, after referring with approval to the words of Stark J. in *R. v. Rosen*⁵, at p. 569, where that judge expressed the view that consents of this nature given upon the advice of counsel were not vitiated by motives of self-interest and said:

I think the passage quoted was apt and the view expressed correct. The consent anticipated by the statute is a real consent. It is not consent exhorted by coercion but rather free from coercion given by a party with knowledge of the circumstances and appreciation of his position. Only such a consent could have been contemplated by Parliament to exempt the wilful interception of private communications from the criminal offence created by s. 178. Only such a consent could have been contemplated by Parliament as a condition of admissibility in evidence of the interception of the private communication. The onus is on the Crown to prove consent beyond a reasonable doubt as a condition precedent to admissibility.

⁵ (1977), 30 C.C.C. (2d) 565.

du procès que Dwyer a sans aucun doute été persuadé de consentir à l'interception par les promesses d'indulgence faites par la police attaque la crédibilité des témoins de la police qui ont réitéré que rien n'avait été promis à Dwyer. M^e Levy renvoie à l'incident révélateur survenu à Toronto où Dwyer a menti aux policiers et les menés à une fausse rencontre, tout à fait le contraire de la coopération. Il attire notre attention sur le fait que pour une raison qui n'a pas été révélée Dwyer a commencé à coopérer sincèrement avec les policiers après que ceux-ci l'eurent accusé de les avoir trompés et d'avoir tenté de les manipuler. L'avocat fait valoir qu'il a dû y avoir au moins contrainte ou quelque chose de plus que de simples promesses d'indulgence. Il fait valoir qu'une conclusion qui attaque la crédibilité des témoins de la police devrait semer le doute sur toute l'affaire.

Compte tenu de toute la preuve et avec la prudence dont j'ai parlé, je ne vois aucune raison de dire que le savant juge du procès s'est trompé en rendant la décision qu'il a rendue vu la preuve qui lui était soumise. Il est clair que dès le départ Dwyer a décidé de coopérer et de retrouver sa liberté après la sanction la plus légère possible. Il a cherché à atténuer la gravité de sa situation, qu'il savait pouvoir lui valoir une peine très sévère, en coopérant. La preuve de ce qui s'est passé en Floride n'est compatible qu'avec cette interprétation.

Il a poursuivi, après s'être référé avec approbation aux motifs du juge Stark dans *R. v. Rosen*⁵, à la p. 569, où ce juge s'est dit d'avis que des motifs d'intérêt personnel n'invalident pas des consentements de cette nature donnés sur le conseil d'un avocat, et a dit:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que le passage cité est pertinent et que l'opinion exprimée est juste. Le consentement qu'envisage la loi est un consentement authentique. Ce n'est pas un consentement extorqué par la contrainte mais plutôt un consentement libre de contrainte donné par une partie au courant des circonstances et consciente de sa situation. Le Parlement n'a pu envisager qu'un consentement de cette nature pour soustraire l'interception volontaire de communications privées de l'infraction criminelle créée par l'art. 178. Le Parlement n'a pu envisager qu'un consentement de cette nature comme condition de l'admissibilité en preuve de l'interception de communications privées. Le ministère public a le fardeau de prouver le consentement au-delà de tout doute raisonnable comme condition préalable à l'admissibilité.

⁵ (1977), 30 C.C.C. (2d) 565.

I see no reason on this evidence to doubt the judgment of the learned trial judge and to hold that what was co-operation as a result of promises of leniency became co-operation as a result of coercion following Dwyer's efforts to deceive the police in Toronto. His attempt failed. They told him so and no doubt were angered by his conduct but that is not coercion. Significantly, his purpose did not change and so he co-operated. He consented. He agreed to dupe his alleged confederate into a discussion so that the police could listen in and record what was said. That was enough.

He considered the consent valid and effective.

I am in agreement with this disposition of the issue of consent. The consent given under s. 178.11(2)(a) must be voluntary in the sense that it is free from coercion. It must be made knowingly in that the consenter must be aware of what he is doing and aware of the significance of his act and the use which the police may be able to make of the consent. The test to be applied in considering the admissibility of a statement or confession made by an accused person in custody to police officers or others in a position of authority is not applicable here. The word "voluntary" in the sense in which it applies to a consent to intercept or to admit evidence under Part IV.1 of the *Criminal Code* should not be considered in the restricted sense of the rule in the *Ibrahim*⁶ case. A consent under s. 178.11(2)(a) is a valid and effective consent if it is the conscious act of the consenter doing what he intends to do for reasons which he considers sufficient. If the consent he gives is the one he intended to give and if he gives it as a result of his own decision and not under external coercion the fact that his motives for so doing are selfish and even reprehensible by certain standards will not vitiate it. In my opinion, on the evidence adduced in this case, the consent was a valid consent and was legally effective for its intended purpose, that is, the procuring of admissible evidence for use in Goldman's trial.

⁶ [1914] A.C. 599.

La preuve ne me donne aucune raison de mettre en doute le jugement du savant juge du procès et de décider que ce qui constituait coopération par suite de promesses d'indulgence est devenu coopération par suite de contrainte après la tentative de Dwyer de tromper la police à Toronto. Sa tentative a échoué. Les policiers le lui ont dit et sa conduite les a sans doute mis en colère mais il n'y a pas là contrainte. Manifestement son but n'a pas changé et il a coopéré en conséquence. Il a consenti. Il a convenu d'entraîner son présumé complice dans une discussion afin de permettre à la police de capter et d'enregistrer ce qui était dit. C'était suffisant.

Il a considéré le consentement comme bon et valide.

Je suis d'accord avec cette décision sur la question du consentement. Un consentement donné en vertu de l'al. 178.11(2)a) doit être volontaire en ce qu'il doit être libre de contrainte. Il doit être donné sciemment en ce sens que celui qui consent doit être conscient de ce qu'il fait et de l'importance de son acte et de l'usage que la police peut faire du consentement. Le critère que l'on doit appliquer pour décider de l'admissibilité d'une déclaration ou d'une confession faite par un prévenu sous garde à des policiers ou à d'autres personnes ayant autorité n'est pas applicable en l'espèce. Le terme «volontaire» dans le sens où il s'applique à un consentement à une interception ou à l'admission en preuve en vertu de la Partie IV.1 du *Code criminel* ne doit pas être considéré dans le sens restreint de la règle énoncée dans l'arrêt *Ibrahim*⁶. Un consentement donné en vertu de l'al. 178.11(2)a) est bon et valide s'il s'agit de l'acte conscient de celui qui le donne et qui le fait pour des raisons qu'il considère suffisantes. Si le consentement qu'il donne est celui qu'il avait l'intention de donner et s'il le donne par suite de sa propre décision et sans être soumis à une coercition extérieure, le fait que ses motifs soient égoïstes et même répréhensibles selon certains critères ne l'invalide pas. A mon avis, compte tenu de la preuve soumise en l'espèce, le consentement était valide et avait l'effet juridique visé, soit l'obtention d'une preuve admissible utilisable au procès de Goldman.

⁶ [1914] A.C. 599.

The word coercion requires some definition in this context. The consent must not be procured by intimidating conduct or by force or threats of force by the police, but coercion in the sense in which the word applies here does not arise merely because the consent is given because of promised or expected leniency or immunity from prosecution. Inducements of this nature or compulsion resulting from threats of prosecution would render inadmissible a confession or statement made by an accused person to those in authority because the confession or statement could be affected or influenced by the inducement or compulsion. Different considerations arise, however, where a consent of the kind under consideration here is involved. I refer to *Rosen v. The Queen*⁷ where the question was considered and where I said for the Court:

In such a case, very different considerations apply. The consent is consenting to the use in evidence of tapes or other recordings which have been previously recorded and which he cannot change. He is not agreeing to make a statement which he could invent nor to give evidence *in futuro* which he could colour in the hope of reward or benefit. The nature of the evidence which will be admitted as a result of his consent is already fixed and determined and cannot be affected by the circumstances of the consent.

The final point taken by the appellant was that the trial judge and the Court of Appeal erred in admitting the signed consent of Dwyer into evidence because it contravened the hearsay rule—Dwyer not having been called at trial to give evidence. Brooke J.A. for the Court of Appeal saw no merit upon this point and disposed of it with these words:

But he also gave his consent in writing. His consent was an issue of fact in these proceedings and could be proved like any other fact in issue. I think the evidence of P.C. Sayers and others was admissible to prove the fact that Dwyer had consented and that he signed the consent above set out. That evidence was not hearsay as is contended by Mr. Levy.

⁷ [1980] 1 S.C.R. 961.

Dans ce contexte, il faut définir le terme coercition. Le consentement ne doit pas être obtenu par l'intimidation ou la force ou des menaces d'employer la force de la part de la police, mais on ne peut conclure à la coercition, dans le sens où le terme s'applique ici, simplement parce que le consentement est donné par suite de la promesse ou de l'espoir d'une indulgence ou d'une immunité de poursuites. Des incitations de cette nature ou la contrainte résultant de menaces de poursuites rendront inadmissible une confession ou une déclaration faite par un prévenu à des personnes ayant autorité parce que la confession ou déclaration pourrait être touchée ou influencée par l'incitation ou la contrainte. Des considérations différentes entrent en jeu cependant lorsqu'il s'agit d'un consentement de la nature de celui examiné ici. Je renvoie à l'arrêt *Rosen c. La Reine*⁷ dans lequel la question a été examinée et où j'ai dit, au nom de la Cour:

En pareil cas, des considérations très différentes s'appliquent. La personne qui consent, consent à l'utilisation en preuve de bandes magnétiques ou d'autres enregistrements qui existent déjà et qu'elle ne peut modifier. Elle ne convient pas de faire une déclaration qu'elle pourrait inventer ni de rendre un témoignage dans l'avenir qu'elle pourrait fausser dans l'espoir d'un avantage ou d'une récompense. La nature de la preuve qui sera admise par suite de son consentement est déjà fixée et déterminée et ne peut être touchée par les circonstances du consentement.

Le dernier moyen soulevé par l'appelant est que le juge du procès et la Cour d'appel se sont trompés en admettant en preuve le consentement signé par Dwyer, parce qu'il contrevenait à la règle du oui-dire—Dwyer n'a pas été cité comme témoin au procès. Le juge Brooke, au nom de la Cour d'appel, n'a vu aucun fondement à cet argument et en a disposé en ces termes:

[TRADUCTION] Mais il a aussi donné son consentement par écrit. Son consentement est une question de fait en l'espèce et peut être établi de la même façon que tout autre fait en litige. Je suis d'avis que les témoignages du C.P. Sayers et d'autres personnes sont admissibles pour établir le fait que Dwyer avait consenti et qu'il avait signé le consentement reproduit plus haut. Cette preuve ne constitue pas du oui-dire comme le prétend M^e Levy.

⁷ [1980] 1 R.C.S. 961.

While I am inclined to agree with that statement, I do not consider it necessary to deal with the point. It will be observed that the consent referred to in s. 178.11(2)(a) may be express or implied. As I understand the argument of Crown counsel, he did not place his case upon a specific consent under the section. His argument was that there was an implied consent which would suffice to render the intercepts admissible. On all the evidence, it seems clear to me that the Crown discharged the onus upon it and raised on the evidence a clear implication of consent.

In summary then, it is my opinion that while the provisions of Part IV.1 apply to the conversations between Dwyer and Goldman for the reasons given earlier, the effect of s. 178.16(1)(a) is to deprive the appellant of any protection in the circumstances of this case. I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed, LASKIN C.J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Earl J. Levy, Toronto.

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

Quoique je sois porté à être d'accord avec cet énoncé, je ne crois pas qu'il soit nécessaire d'examiner ce point. Il convient de noter que le consentement auquel l'al. 178.11(2)a fait référence peut être exprès ou tacite. Selon mon interprétation des arguments du substitut du procureur général, il n'a pas fondé sa preuve sur un consentement spécifique en vertu de cette disposition. Il a fait valoir qu'il y avait un consentement implicite qui suffisait à rendre les interceptions admissibles. D'après l'ensemble de la preuve, il appert clairement à mon avis que le ministère public s'est acquitté de la charge de la preuve et en a fait clairement ressortir un consentement par implication.

Donc, en résumé, je suis d'avis que, bien que les dispositions de la Partie IV.1 s'appliquent aux conversations entre Dwyer et Goldman pour les motifs déjà donnés, l'al. 178.16(1)a a pour effet de priver l'appelant de toute protection dans les circonstances de l'espèce. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LASKIN étant dissident.

Procureur de l'appelant: Earl J. Levy, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Leonard George Olbey *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1979: May 30; 1979: December 21.

Present: Laskin C.J. and Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte and McIntyre JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Murder — Non-capital murder — Defences — Provocation not raised by defence — Duty of trial judge to instruct jury as to provocation — Failure of trial judge to instruct on influence of drugs or alcohol — Refusal by Court of Appeal of motion to adduce fresh evidence — Discretion of Court of Appeal — Criminal Code, ss. 215, 610, 613(1)(b)(iii).

Criminal law — Jury — Evidence — Readback to jury after commencement of deliberations — Error in permitting readback of direct examination only — Qualifying evidence not read back — Criminal Code, s. 613(1)(b)(iii).

The appeal is against a conviction for non-capital murder and comes to the Supreme Court of Canada by virtue of s. 618(1)(a) on two grounds raised in dissent in the Court of Appeal. First, that the learned trial judge's failure to direct the jury that, if there was a wrongful act or insult sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control, they should consider the influence of drugs on the accused in deciding whether in fact he was or might have been responding to provocation was non-direction amounting to misdirection, and, second, it could not be said in the circumstances that no substantial wrong or miscarriage of justice resulted therefrom. Leave to appeal was also given to allege error on the trial judge's part in failing to instruct the jury on the law as to the treatment of accomplices' evidence; and in failing to respond to the jury's request to have the evidence of a witness read back after they had commenced their deliberations; and further that the Court of Appeal erred in its dismissal of a motion to adduce fresh evidence, pursuant to s. 610, on the hearing of the appeal.

Held (Laskin C.J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte and McIntyre JJ.: At trial appellant relied upon self-defence. The

Leonard George Olbey *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1979: 30 mai; 1979: 21 décembre.

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

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

Droit criminel — Meurtre — Meurtre non qualifié — Défenses — Provocation non soulevée par la défense — Obligation du juge du procès d'expliquer au jury la défense de provocation — Omission du juge du procès de donner des directives sur l'influence des drogues ou de l'alcool — Rejet par la Cour d'appel de la requête en production de nouveaux éléments de preuve — Pouvoir discrétionnaire de la Cour d'appel — Code criminel, art. 215, 610, 613(1)(b)(iii).

Droit criminel — Jury — Preuve — Relecture au jury après le début des délibérations — Erreur de permettre la relecture de l'interrogatoire principal seulement — Preuve mitigante non relue — Code criminel, art. 613(1)(b)(iii).

Le pourvoi est à l'encontre d'une déclaration de culpabilité de meurtre non qualifié et est soumis à cette Cour conformément à l'al. 618(1)a) sur deux moyens soulevés dans la dissidence en Cour d'appel. Premièrement, l'omission du juge du procès d'exposer au jury que, s'il y avait une action injuste ou une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, il devait tenir compte de l'influence de drogues sur l'accusé pour décider si en fait il a agi ou a pu agir en réponse à la provocation, constituait une absence de directive équivalant à une directive erronée et, deuxièmement, dans les circonstances, on ne peut prétendre qu'aucun tort important ou erreur judiciaire grave n'en a résulté. L'autorisation d'appeler a aussi été donnée sur le moyen que le juge du procès a erré en omettant d'exposer au jury le droit relatif à la façon de considérer les témoignages de complices, et en accédant à la demande du jury que soit relu le témoignage d'un témoin après le début des délibérations; et de plus, que la Cour d'appel a erré en rejetant une requête visant à produire à l'audition de l'appel de nouveaux éléments de preuve conformément à l'art. 610.

Arrêt (le juge en chef Laskin est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte et McIntyre: Au procès, l'appellant s'est fondé sur la légi-

defence of provocation was not argued and defence counsel did not ask the trial judge to direct the jury upon it. The defence relied on the description of events given by the appellant to support the self-defence theory. The trial judge however considered that there was evidence to support the defence of provocation under s. 215 of the *Criminal Code* and put that defence to the jury. Appellant did not raise the defence of provocation and at no time did he say that he had been provoked into violent action by the words and conduct of the deceased. In fact, his description of events went far to negate any suggestion of provocation. His evidence was of an attack, to which he reacted not on the sudden, but by defending himself; he considered that the deceased was reaching for a gun and, in fear of his life, he shot and killed him. Both Courts below considered, however, that there was some evidence of provocation which required the putting of that charge on provocation to the jury and, of course, when a direction is put it should be put correctly. Where there is evidence of intoxication of an accused by drugs or alcohol, and the defence of provocation is raised, the jury must be directed that they are entitled to consider and should consider what effect such intoxication might have had upon the accused. They should be told to consider whether his power of self-control had been affected to the point where he might be deprived, in whole or in part, of his normal ability to restrain himself in circumstances which could amount to provocation. In this case, on application of the test in *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, the judge's error was not fatal to the conviction.

Per Laskin C.J., dissenting: It is not necessary to deal with any point raised by the appellant save that relating to the issue of provocation and the relation of intoxication and drug-taking to it. Although provocation was not raised by the appellant at his trial, the judge acted upon the long established rule of our criminal law of putting to the jury any relevant issue revealed by the evidence, even if the accused did not raise it. In doing so, his instruction fell short of what the jury was entitled to have in order to come to a conclusion of fact whether the accused was guilty of manslaughter only or of murder. While the evidence of provocation may have appeared slim to the Court of Appeal, it was not the function of that Court to weigh it and usurp the role of the jury. Indeed, it was recognized by the majority in that Court that even if the jury was in reasonable doubt on the issue of provocation, a matter on which it should have been charged and was not, the accused was entitled to the

time defence. La défense de provocation n'a pas été plaidée et l'avocat de la défense n'a pas demandé au juge du procès de donner au jury des directives à cet égard. La défense s'est appuyée sur la description des événements donnée par l'appelant pour étayer la théorie de la légitime défense. Le juge du procès a cependant considéré qu'il y avait une preuve pour fonder une défense de provocation en vertu de l'art. 215 du *Code criminel* et il a soumis ce moyen de défense au jury. L'appelant n'a pas soulevé la défense de provocation et n'a jamais dit que les mots ou la conduite de la victime avaient provoqué son action violente. En réalité, sa description des événements contredit largement l'hypothèse de la provocation. Son témoignage révèle une agression à laquelle il a réagi, non sur le coup, mais en se défendant; il a pensé que la victime cherchait une arme et, craignant pour sa vie, il a tiré et l'a tuée. Les deux cours d'instance inférieure ont considéré, cependant, qu'il y avait des éléments de preuve de provocation qui exigeaient que l'on donne cette directive sur la provocation au jury et, bien sûr, lorsqu'une directive est donnée, elle doit l'être correctement. Lorsqu'il y a une preuve d'intoxication d'un accusé due à des drogues ou à l'alcool et que la défense de provocation est soulevée, il faut expliquer au jury qu'il a le droit de tenir compte et devrait tenir compte de l'effet que pareille intoxication a pu avoir sur l'accusé. Il faut lui dire d'examiner si cela a influé sur le pouvoir de se maîtriser de l'accusé au point où il pourrait être privé, en totalité ou en partie, de sa capacité habituelle de se retenir dans des circonstances pouvant constituer une provocation. Dans cette affaire, en appliquant le critère énoncé dans l'arrêt *Colpitts c. La Reine*, [1965] R.C.S. 739, l'erreur du juge n'a pas pour effet d'invalider la déclaration de culpabilité.

Le juge en chef Laskin, dissident: Il suffit d'examiner, parmi les questions soulevées ici par l'appelant, celle de la provocation et du lien que l'intoxication et la consommation de drogues ont avec elle. Bien que l'appelant n'ait pas invoqué la provocation à son procès, le juge a agi conformément à la règle bien établie de notre droit criminel que toute question pertinente révélée par la preuve doit être soumise au jury, même si l'accusé ne l'a pas soulevée. Ce faisant, sa directive était incomplète et ne permettait pas au jury de tirer une conclusion de fait sur la question de savoir si l'accusé était coupable d'homicide involontaire coupable seulement ou de meurtre. Bien que la preuve de provocation ait pu paraître mince à la Cour d'appel, ce n'est pas la tâche de cette cour-là de la peser et d'usurper le rôle du jury. La majorité de cette cour a d'ailleurs reconnu que même si le jury avait un doute raisonnable sur la question de la provocation—question sur laquelle il aurait dû recevoir

benefit of that doubt and to have the charge reduced to manslaughter.

As to the application by the majority in the Court of Appeal of s. 613(1)(b)(iii), this section should not be applied to cure a defective charge on an issue touching culpability, once it is concluded that there is evidence on that issue fit to go to the jury.

[*McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484; *R. v. Harms* (1936), 66 C.C.C. 134; *Taylor v. The King*, [1947] S.C.R. 462; *R. v. Haight* (1976), 30 C.C.C. (2d) 168; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *R. v. Wydryk and Wilkie* (1972), 17 C.R.N.S. 336; *R. v. Bell, Christiansen, Coolen and MacDonald* (1975), 28 C.R.N.S. 55; *R. v. Stewart and Johnson* (1968), 5 C.R.N.S. 75; *R. v. Smith, Sauvé and George* (1976), 25 C.C.C. (2d) 270, applied; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449; *Linney v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 646, 32 C.C.C. (2d) 294, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ dismissing an appeal against a conviction for non-capital murder. Appeal dismissed, Laskin C.J. dissenting.

Clayton Ruby and Dianne L. Martin, for the appellant.

David H. Doherty, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—The appellant was convicted on February 18, 1974, after trial before Callon J. and a jury, of the non-capital murder of one Paul Patterson. He appealed to the Ontario Court of Appeal by a notice of appeal dated October 17, 1975 and expanded his grounds of appeal by a supplementary notice of appeal given on January 28, 1977. On February 9, 1977, he gave notice of motion to adduce fresh evidence before the Court of Appeal, pursuant to s. 610(1) of the *Criminal Code*. That Court disposed of the motion by the following endorsement on the notice thereof:

The majority of the Court are of the view that no proper case had been made for the exercise of their discretion

¹ (1977), 38 C.C.C. (2d) 390.

des directives et n'en a pas reçu—l'accusé avait le droit de bénéficier de ce doute et de voir l'accusation de meurtre réduite à celle d'homicide involontaire coupable.

Quant à l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) par la majorité de la Cour d'appel, ce sous-alinéa ne doit pas être appliqué pour remédier à un exposé défectueux sur une question qui touche la culpabilité, une fois que l'on a conclu à l'existence d'une preuve y afférente susceptible d'être soumise au jury.

[Jurisprudence: *McMartin c. La Reine*, [1964] R.C.S. 484; *R. v. Harms* (1936), 66 C.C.C. 134; *Taylor c. Le Roi*, [1947] R.C.S. 462; *R. v. Haight* (1976), 30 C.C.C. (2d) 168; *Colpitts c. La Reine*, [1965] R.C.S. 739; *R. v. Wydryk and Wilkie* (1972), 17 C.R.N.S. 336; *R. v. Bell, Christiansen, Coolen and MacDonald* (1975), 28 C.R.N.S. 55; *R. v. Stewart and Johnson* (1968), 5 C.R.N.S. 75; *R. v. Smith, Sauvé and George* (1976), 25 C.C.C. (2d) 270, arrêts suivis; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *Linney c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 646, 32 C.C.C. (2d) 294.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ qui a rejeté un appel contre une déclaration de culpabilité de meurtre non qualifié. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin étant dissident.

Clayton Ruby et Dianne L. Martin, pour l'appelant.

David H. Doherty, pour l'intimée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF (*dissentant*)—L'appelant a été déclaré coupable le 18 février 1974, au terme d'un procès devant le juge Callon et un jury, du meurtre non qualifié d'un nommé Paul Patterson. Il a interjeté appel à la Cour d'appel de l'Ontario par avis d'appel en date du 17 octobre 1975 et a étendu ses moyens d'appel par un avis d'appel supplémentaire en date du 28 janvier 1977. Le 9 février 1977, il a donné avis d'une requête visant à produire de nouveaux éléments de preuve devant la Cour d'appel, conformément au par. 610(1) du *Code criminel*. Cette cour-là a statué sur la requête en inscrivant ce qui suit sur l'avis:

[TRADUCTION] La majorité de la cour est d'avis que l'on n'a pas démontré qu'elle devait exercer son pouvoir

¹ (1977), 38 C.C.C. (2d) 390.

to receive fresh evidence; Madam Justice Wilson is of the contrary view and would have heard the evidence.

The majority of the Court consisted of Dubin and Martin J.J.A. and, on the merits of the appeal, they concluded, in reasons delivered by Martin J.A. on December 1, 1977, that the appeal must be dismissed, Wilson J.A. dissenting.

There were errors of law committed by the trial judge in his charge to the jury which Martin J.A. pointed out, but he applied s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, being satisfied that no substantial wrong or miscarriage of justice was occasioned by the errors; that they were, to borrow an expression used elsewhere, harmless errors. In her dissent, Wilson J.A. dealt with only one of the points canvassed by the majority, finding it unnecessary to deal with any of the others. It was, in her opinion, sufficient ground to set aside the conviction and order a new trial because of the non-direction amounting to misdirection, on provocation. It was put weakly to the jury and with a misstatement of the evidence relevant to that issue and was also, to all intents and purposes, thereafter withdrawn from the jury. She rejected the Crown's contention and the view of the majority of the Court of Appeal that the misdirection was covered by s. 613(1)(b)(iii), being of the opinion that it was open to a properly instructed jury to bring in a verdict of manslaughter or to conclude that they were not satisfied beyond a reasonable doubt that the accused did not act in response to provocation.

An appeal as of right, founded on Wilson J.A.'s dissent, was brought to this Court and, in addition, the appellant obtained leave on February 20, 1978, to argue other points of appeal in law put before the Court below and, as well, to challenge the refusal of that Court to admit fresh evidence. Counsel for the appellant urged this Court to receive the evidence under its power to do so given by s. 623(1) of the *Criminal Code*.

discretionnaire de recevoir de nouvelles dépositions; madame le juge Wilson est d'avis contraire et aurait entendu la preuve.

La majorité de la Cour était composée des juges Dubin et Martin et, sur le fond de l'appel, ils ont conclu au rejet dans des motifs exposés par le juge Martin le 1^{er} décembre 1977, avec la dissidence du juge Wilson.

Le juge Martin a fait remarquer que le juge du procès avait commis des erreurs de droit dans son exposé au jury, mais il a appliqué le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, convaincu que ces erreurs n'avaient causé aucun tort important ou erreur judiciaire grave; que c'étaient, pour emprunter une expression employée ailleurs, des erreurs sans conséquence. Dans sa dissidence, le juge Wilson n'a traité que de l'un des points examinés par la majorité; elle était d'avis qu'il n'était pas nécessaire d'aborder les autres. L'absence de directive sur la provocation, équivalant à une directive erronée, constituait, selon elle, un motif suffisant pour infirmer la déclaration de culpabilité et ordonner un nouveau procès. Ce point a été soumis sans insistance au jury, accompagné d'un énoncé erroné de la preuve qui lui était pertinente et a aussi, à toutes fins pratiques, été par la suite soustrait à l'appréciation du jury. Elle a rejeté la prétention du ministère public et l'opinion de la majorité de la Cour d'appel que la directive erronée relevait du sous-al. 613(1)(b)(iii); elle était d'avis qu'un jury ayant reçu des directives appropriées aurait pu rendre un verdict d'homicide involontaire coupable ou conclure qu'il n'était pas convaincu au-delà de tout doute raisonnable que l'accusé n'avait pas agi en réponse à la provocation.

Un pourvoi de plein droit, fondé sur la dissidence du juge Wilson, a été formé devant cette Cour et, de plus, l'appelant a obtenu le 20 février 1978 l'autorisation de faire valoir d'autres moyens de droit soumis à la Cour d'appel et, également, de contester son refus de recevoir de nouveaux éléments de preuve. L'avocat de l'appelant a demandé à cette Cour de recevoir la preuve en vertu du pouvoir que lui confère à cet effet le par. 623(1) du *Code criminel*.

In my view of this case, I do not find it necessary to deal with any point raised by the appellant save that relating to the issue of provocation and the relation of intoxication and drug-taking to it. Although provocation was not raised by the accused at his trial, the presiding Judge acted upon the long established rule of our criminal law of putting to the jury any relevant issue revealed by the evidence, even if the accused did not raise it. Thus, the trial Judge put provocation to the jury, being of the opinion that there was some evidence to support it. However, in so doing, his instruction to the jury fell short of what the jury was entitled to have in order to come to a conclusion of fact whether the accused was guilty of manslaughter only and not of murder. In the Court of Appeal, Martin J.A. although seemingly hesitatingly, proceeded on the basis of there being evidence of provocation to go to the jury. He found that the trial Judge had failed to instruct the jury properly on that issue. The following passages in the reasons of the learned Justice of Appeal indicate where the failure lay:

The final ground of appeal arises out of the charge with respect to provocation, in that the trial judge did not instruct the jury that if there was a wrongful act or insult sufficient to deprive an ordinary person of the power of self control, it was proper and necessary for the jury in deciding whether the accused was actually deprived of his power of self control, to consider his condition with respect to drunkenness. See *R. v. Haight* (1977), 30 C.C.C. (2d) 168. My Brother Dubin, during the argument of this ground of appeal, also pointed out that the trial judge's charge did not expressly relate the principle of reasonable doubt to the defence of provocation. See *Linney v. The Queen* (1977), 32 C.C.C. (2d) 294.

... the trial judge did not emphasize, as he might have, the requirement that the wrongful act or insult be of such a nature as to deprive an "ordinary" person of the power of self-control, in order for the defence of provocation to be available; nor did he withdraw from the jury's consideration the appellant's condition with respect to intoxication on the issue whether he was actually deprived of the power of self-control. I also note that the trial judge was in error when he stated that the evidence of the accused was that the deceased called him "a two-bit nigger punk", since the accused in his evi-

Vu mon opinion en l'espèce, j'estime qu'il suffit d'examiner, parmi les questions soulevées ici par l'appelant, celle de la provocation et du lien que l'intoxication et la consommation de drogues ont avec elle. Bien que l'accusé n'ait pas invoqué la provocation à son procès, le juge a agi conformément à la règle bien établie de notre droit criminel que toute question pertinente révélée par la preuve doit être soumise au jury, même si l'accusé ne l'a pas soulevée. Le juge du procès a donc soumis au jury la question de la provocation, étant d'avis qu'elle trouvait un appui dans la preuve. Mais, ce faisant, sa directive était incomplète et ne permettait pas au jury de tirer une conclusion de fait sur la question de savoir si l'accusé était coupable d'homicide involontaire coupable seulement et non de meurtre. En Cour d'appel, le juge Martin, bien qu'apparemment avec quelque hésitation, a tenu pour acquis qu'il y avait une preuve de provocation à soumettre au jury. Il a décidé que le juge du procès n'avait pas donné les directives appropriées au jury sur cette question. Les passages suivants des motifs du savant juge d'appel indiquent où se trouvait la faille:

[TRADUCTION] Le dernier moyen d'appel découle de l'exposé relatif à la provocation; de ce que le juge du procès n'a pas exposé au jury que, s'il y avait eu une action injuste ou une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, il pouvait et devait tenir compte de l'état d'ébriété de l'accusé pour décider s'il était réellement privé du pouvoir de se maîtriser. Voir *R. v. Haight* (1977), 30 C.C.C. (2d) 168. Mon collègue Dubin, pendant la plaidoirie sur ce moyen d'appel, a aussi fait remarquer que l'exposé du juge du procès n'a pas expressément relié le principe du doute raisonnable à la défense de provocation. Voir *Linney c. La Reine* (1977), 32 C.C.C. (2d) 294.

... le juge du procès n'a pas insisté, comme il aurait pu le faire, sur l'exigence que l'action injuste ou l'insulte soit de telle nature qu'elle prive une personne «ordinaire» du pouvoir de se maîtriser, pour que la défense de provocation puisse être plaidée; il n'a pas non plus retiré au jury la question de l'état d'intoxication de l'appelant quant à savoir s'il était réellement privé du pouvoir de se maîtriser. Je note également que le juge du procès s'est trompé lorsqu'il a dit que l'accusé avait témoigné que la victime l'avait traité de «petit voyou de nègre», puisque l'accusé dans son témoignage n'a pas dit avoir entendu

dence did not say that he heard these words. This error, however, inured to the benefit of the appellant.

The failure of the trial judge, however, to instruct the jury that they were entitled to consider the appellant's condition with respect to intoxication on the issue whether he was deprived of his power of self-control, in the event they considered that there was a wrongful act or insult sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control, constituted non-direction and it, therefore, becomes necessary to examine this error in the context of the trial to determine whether it resulted in a substantial wrong or a miscarriage of justice.

I should point out, as was done by Madam Justice Wilson in her dissent, that although the accused did not say that he heard the provocative words "two-bit nigger punk", he did not deny hearing them, a feature which distinguishes this case from *Parnerkar v. The Queen*². The fact that the trial Judge mis-stated the evidence in saying that the accused testified that the deceased called him a "two-bit nigger punk" (this evidence came from the Crown witness Catherine Dwyer) was regarded by Martin J.A. as enuring to the benefit of the accused. Even so, it does not detract from the duty of the trial Judge to give proper direction to the jury.

However slim the evidence of provocation may have appeared to the majority of the Court of Appeal, it was not their function to weigh it and thus usurp the role of the jury. Indeed, the majority recognized that even if the jury was in reasonable doubt on the issue of provocation—a matter on which it should have been charged and was not—the accused was entitled to the benefit thereof and to have the charge of murder reduced to manslaughter.

I refrain from any fuller discussion of the facts and the law respecting provocation, being content to adopt what was said on that question by Madam Justice Wilson.

This brings me to the question whether it was proper for the majority to apply s. 613(1)(b)(iii) to cure the deficiencies in the trial Judge's charge. Such an application was denied in *Linney v. The Queen*³, but Martin J.A. was of the opinion that

ces mots. Cette erreur, cependant, favorise l'appellant.

Cependant, l'omission du juge du procès d'exposer au jury qu'il pouvait tenir compte de l'état d'intoxication de l'appellant en déterminant s'il était privé du pouvoir de se maîtriser, dans l'hypothèse où il conclurait qu'il y avait eu une action injuste ou une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, constitue une absence de directive et il devient donc nécessaire d'examiner cette erreur dans le contexte du procès pour décider si elle a causé un tort important ou une erreur judiciaire grave.

Je dois faire remarquer, comme l'a fait madame le juge Wilson dans sa dissidence, que bien que l'accusé n'ait pas dit avoir entendu les mots provocateurs «petit voyou de nègre», il n'a pas nié les avoir entendus, un élément qui distingue l'espèce de l'affaire *Parnerkar c. La Reine*². Le juge Martin a considéré que l'erreur que le juge du procès a commise dans son exposé de la preuve en disant que l'accusé avait témoigné que la victime l'avait traité de «petit voyou de nègre» (c'est plutôt Catherine Dwyer, témoin à charge, qui l'a dit) favorisait l'accusé. Même dans ce cas, cela ne change rien au devoir du juge du procès d'instruire correctement le jury.

Quelque mince que la preuve de provocation ait pu paraître à la majorité de la Cour d'appel, ce n'est pas sa tâche de la peser et, ce faisant, d'usurper le rôle du jury. La majorité a d'ailleurs reconnu que même si le jury avait un doute raisonnable sur la question de la provocation—question sur laquelle il aurait dû recevoir des directives et n'en a pas reçu—l'accusé avait le droit d'en bénéficier et de voir l'accusation de meurtre réduite à celle d'homicide involontaire coupable.

Je ne traiterai pas plus à fond des faits et du droit relatifs à la provocation; je me contente d'adopter ce qu'a dit madame le juge Wilson à ce sujet.

Ceci m'amène à la question de savoir si c'est à bon droit que la majorité a appliqué le sous-al. 613(1)(b)(iii) pour remédier aux vices de l'exposé du juge du procès. Pareille application a été refusée dans l'arrêt *Linney c. La Reine*³; selon le juge

² [1974] S.C.R. 449.

³ [1978] 1 S.C.R. 646, 32 C.C.C. (2d) 294.

² [1974] R.C.S. 449.

³ [1978] R.C.S. 646, 32 C.C.C. (2d) 294.

this was because the evidence of provocation was strong in that case as contrasted with the weak evidence here. This does not appear to me to be a justifiable distinction, especially when in *Linney* the only defect in the charge to the jury which constituted reversible error was the trial Judge's failure to relate reasonable doubt to provocation. Here there were other defects in the charge, already noted above, but, apart from this, I cannot be persuaded that it is ever proper to apply s. 613(1)(b)(iii) to cure a defective charge on an issue touching culpability, once it is concluded that there is evidence on that issue fit to go to the jury.

In my opinion, the appeal should be allowed and a new trial ordered. One of the distressing features of this case is the length of time it has taken to bring it here. I have pointed to the date of the alleged offence, November 2, 1972, the date of conviction, February 18, 1974, the date October 17, 1975 (showing a long delay) of the notice of appeal to the Court of Appeal and I have referred to the lapse of more than a year before a supplementary notice of appeal was filed on January 28, 1977. My surmise is that legal aid proceedings accounted for some of the delay in the appeal process below. More expedition should be expected both from counsel and from legal aid in criminal matters.

The judgment of Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte and McIntyre was delivered by

MCINTYRE J.—The appellant appeals against his conviction for non-capital murder on February 18, 1974, at Windsor, Ontario. His appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed on December 1, 1977, Dubin and Martin J.J.A., (Wilson J.A. dissenting). This appeal comes before this Court by virtue of s. 618(1)(a) of the *Criminal Code* upon two grounds raised in the dissenting judgment of Wilson J.A. which are set out hereunder:

Martin, c'est parce que dans cette affaire-là la preuve de provocation était forte alors qu'elle est faible en l'espèce. A mon sens, cela ne constitue pas une distinction justifiée, en particulier parce que dans l'affaire *Linney*, le seul vice de l'exposé au jury, qui constituait une erreur donnant lieu à cassation, était l'omission du juge du procès de relier le doute raisonnable à la provocation. En l'espèce l'exposé contient d'autres vices déjà mentionnés, mais, par ailleurs, on ne peut me convaincre qu'il est approprié d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) pour remédier à un exposé défectueux sur une question qui touche la culpabilité, une fois que l'on a conclu à l'existence d'une preuve y afférente susceptible d'être soumise au jury.

A mon avis le pourvoi doit être accueilli et un nouveau procès ordonné. Un des éléments affligeants de cette affaire est le délai qu'elle a mis à être portée ici. J'ai indiqué la date de l'infraction alléguée, le 2 novembre 1972, la date de la déclaration de culpabilité, le 18 février 1974, la date de l'avis d'appel à la Cour d'appel, le 17 octobre 1975 (soit un grand retard), et j'ai mentionné le délai de plus d'un an avant qu'un avis supplémentaire d'appel ne soit produit le 28 janvier 1977. Je suppose que les procédures d'aide juridique sont responsables d'une partie du retard dans le processus d'appel dans la cour d'instance inférieure. Les avocats de même que l'aide juridique devraient faire montre de plus de diligence dans les affaires criminelles.

Version française du jugement des juges Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte et McIntyre rendu par

LE JUGE MCINTYRE—L'appelant se pourvoit contre sa déclaration de culpabilité de meurtre non qualifié prononcée le 18 février 1974 à Windsor (Ontario). En Cour d'appel de l'Ontario, les juges Dubin et Martin ont rejeté son appel le 1^{er} décembre 1977 (le juge Wilson est dissident). Ce pourvoi est soumis à cette Cour conformément à l'al. 618(1)(a) du *Code criminel* sur les deux moyens soulevés dans le jugement dissident du juge Wilson:

1. That the learned trial judge's failure to direct the jury that, if there was a wrongful act or insult sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control, they should consider the influence of drugs on the accused in deciding whether in fact he was or might have been responding to provocation was non-direction amounting to misdirection and,
 2. It could not be said in the circumstances that no substantial wrong or miscarriage of justice resulted therefrom,
- and on broader terms by leave granted February 20, 1978.

The broader grounds allege that the trial judge erred in that he did not instruct the jury on the law relating to the treatment of accomplices' evidence; that there was error in responding to the jury's request to have the evidence of a witness read back after they had commenced their deliberations; and that the Court of Appeal was in error in dismissing the appellant's motion to adduce fresh evidence pursuant to s. 610 of the *Criminal Code* on the hearing of the appeal.

The facts are well set out in the judgment of Martin J.A. for the majority of the Court of Appeal. On November 1, 1972, several people gathered in the apartment in Windsor of one Thornton. Thornton was said to be a dealer in drugs and his apartment was frequently used as a drug house or resort of drug users. A variety of illicit drugs was used on that occasion. All or most of those present used marijuana, barbiturates, amphetamines and heroin in varying amounts and combinations. A principal Crown witness named Catherine Dwyer arrived at about 7:00 p.m. with a young sister aged seventeen. Thornton, Philip Cloutier, and John Baylis were there upon her arrival. The appellant arrived about 8:00 p.m. He was known to Dwyer who had met him on previous visits to Thornton's apartment. Shortly after arrival, the appellant produced a revolver which he began to clean. About one-half hour later, Larry Lamont, described by Dwyer as the appellant's partner, arrived. At about 11:00 p.m., Dwyer and her sister left the apartment and at this time, Patterson, the deceased, arrived. Dwyer said she heard the appellant say "He didn't like damn

[TRADUCTION]

1. L'omission du juge du procès d'exposer au jury que, s'il y avait une action injuste ou une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, il devait tenir compte de l'influence de drogues sur l'accusé pour décider si en fait il a agi ou a pu agir en réponse à la provocation, constituait une absence de directive équivalant à une directive erronée et
 2. Dans les circonstances, on ne peut prétendre qu'aucun tort important ou erreur judiciaire grave n'en a résulté,
- et dans les termes plus larges de l'autorisation accordée le 20 février 1978.

Ces moyens plus larges sont que le juge du procès a commis une erreur en n'exposant pas au jury le droit relatif à la façon de considérer des témoignages de complices; qu'accéder à la demande du jury que soit relu le témoignage d'un témoin après le début des délibérations constitue une erreur; et que la Cour d'appel a commis une erreur en rejetant la requête de l'appelant visant à produire à l'audition de l'appel de nouveaux éléments de preuve conformément à l'art. 610 du *Code criminel*.

Le juge Martin expose bien les faits dans les motifs de la majorité en Cour d'appel. Le 1^{er} novembre 1972, plusieurs personnes se sont réunies dans l'appartement d'un nommé Thornton à Windsor. Thornton avait la réputation de faire le trafic de drogues et son appartement servait fréquemment de lieu de rencontre ou de séjour à des narcomanes. A cette occasion plusieurs drogues illicites ont été consommées. Toutes les personnes présentes ou la plupart d'entre elles ont consommé de la marijuana, des barbituriques, des amphétamines et de l'héroïne en quantités et combinaisons variées. Le principal témoin du ministère public, Catherine Dwyer, est arrivé vers 19h avec sa jeune sœur de dix-sept ans. Thornton, Philip Cloutier et John Baylis étaient présents à son arrivée. L'appelant est arrivé vers 20h. Dwyer le connaissait car elle l'avait rencontré à l'occasion de visites antérieures à l'appartement de Thornton. Peu après son arrivée, l'appelant a sorti un revolver qu'il a commencé à nettoyer. Environ une demi-heure plus tard, Larry Lamont, que Dwyer a décrit comme le partenaire de l'appelant, est arrivé. Vers 23h Dwyer et sa sœur ont quitté l'appartement et

Yankees". He was apparently referring to the deceased who lived in Detroit.

Miss Dwyer returned to Thornton's apartment about 1:00 a.m. on November 2nd. Her sister wanted to use the bedroom of the apartment to do her school homework. When Dwyer and her sister entered the bedroom they found the appellant who, according to Dwyer, was "stoned", that is, severely intoxicated from barbiturates. He wanted to use a phone which was in the room but was unable to dial the number. Dwyer dialed it for him but he was apparently unable to complete a conversation, dozing off to sleep and generally appearing to be in a near comatose condition. Dwyer then went to the den in the apartment with the appellant, leaving her sister in the bedroom. The appellant left the den and entered the dining room where the deceased and one Margaret Rau were sitting at the table. The appellant called the deceased a "two-bit dope peddler" and spoke words to the effect that "I am a better drug dealer than you are". Dwyer said that the appellant seemed aggressive and that the deceased appeared to be trying to "keep Olbey, the appellant, cool" and to avoid "harassing him in any way". The appellant left shortly and went into the den. Dwyer then went into the kitchen to wash dirty dishes. She returned to the den shortly and spoke with the appellant. She said he was still very stoned.

About 2:00 a.m. Thornton and Margaret Rau left to get some food. On their return the food was eaten in the dining room. Then Dwyer commenced to clean up. She was in the kitchen doing dishes when she heard the deceased call the appellant a "two-bit punk" or "a two-bit nigger punk". She heard a chair falling and she stepped back so she could see into the dining room. She said that she saw the appellant holding a gun pointing it at the deceased. The deceased and the appellant were about eight feet apart and she saw the appellant

à ce moment, Patterson, la victime, est arrivé. Dwyer a dit avoir entendu l'appelant dire que [TRADUCTION] «Il n'aimait pas ces maudits Yankees». Il faisait apparemment référence à la victime qui habitait Détroit.

M^{lle} Dwyer est retournée à l'appartement de Thornton vers 1h le 2 novembre. Sa sœur voulait utiliser la chambre de l'appartement pour y faire ses devoirs. Lorsque Dwyer et sa sœur sont entrées dans la chambre, elles ont trouvé l'appelant qui, selon Dwyer, était «gelé», c'est-à-dire sérieusement intoxiqué par des barbituriques. Il voulait utiliser un téléphone qui se trouvait dans la chambre, mais était incapable de composer le numéro. Dwyer l'a composé pour lui mais il était apparemment incapable de tenir une conversation car il s'assoupissait et donnait tous les signes d'un état quasi comateux. Dwyer s'est alors rendue dans le petit bureau de l'appartement avec l'appelant, laissant sa sœur dans la chambre. L'appelant a quitté cette pièce et est allé dans la salle à manger où la victime et une nommée Margaret Rau étaient assises à la table. L'appelant a traité la victime de [TRADUCTION] «petit trafiquant de drogues» et a employé des termes qui signifiaient [TRADUCTION] «Je suis un meilleur marchand de drogues que toi». Dwyer a dit que l'appelant semblait agressif et que la victime paraissait essayer de [TRADUCTION] «faire garder son calme à Olbey, l'appelant» et d'éviter [TRADUCTION] «de le tarabuster de quelque façon». L'appelant est sorti brièvement et s'est rendu dans le petit bureau. Dwyer est alors allée dans la cuisine pour faire la vaisselle. Elle est retournée dans le petit bureau brièvement et a parlé à l'appelant. Elle a dit qu'il était encore très gelé.

Vers 2h, Thornton et Margaret Rau sont partis chercher à manger. A leur retour, ils ont mangé dans la salle à manger. Dwyer a alors commencé à nettoyer. Elle se trouvait dans la cuisine et y faisait la vaisselle quand elle a entendu la victime traiter l'appelant de [TRADUCTION] «petit voyou» ou «petit voyou de nègre». Elle a entendu une chaise tomber et s'est reculée pour voir dans la salle à manger. Elle a dit avoir vu l'appelant tenir une arme qu'il pointait vers la victime. La victime et l'appelant étaient à environ huit pieds l'un de

fire a shot. It seemed to spin the deceased around so he was facing the appellant. The deceased clutched his stomach and started walking or staggering towards the appellant. The appellant took a couple of steps back and fired a second time. The deceased turned completely around and fell to the floor upon his back. The appellant then fired a third shot at the deceased while he lay on the floor. Dwyer estimated that all three shots were fired within a period of five to six seconds. She said that the shooting took place about 3:00 a.m. and she also swore that there was an interval of four or five minutes between the time the deceased made the insulting remark or remarks to the appellant and the time she observed the first shot being fired. In cross-examination, she said that the outward signs of drug intoxication she had observed on the appellant at about 1:00 a.m. had diminished by 3:00 a.m. In answer to a question from the bench regarding the appellant's condition between 2:00 and 3:00 a.m., she said "from what I could see he was very much in control of what he was doing". She also said the deceased called the appellant a "two-bit nigger punk" after being "harassed" by the appellant. She said the appellant appeared to be the aggressor. She said she was normal by 2:00 a.m. but admitted that in the evening she had smoked five or six marijuana cigarettes sharing them with others present and that she had taken "three valiums" over an eight-hour period.

There can be no doubt that the deceased died almost immediately from bullet wounds. After the shooting, again according to Dwyer, the appellant said that "nobody is calling anybody" in response to a suggestion that an ambulance be called and, that he tore the telephone cord from the wall. He said if he went to jail he had friends who would "take care of" these people. Dwyer considered this a threat uttered to enforce silence.

After some discussion, the body was put into the deceased's car and it was taken to an open field in the nearby countryside. A fruitless attempt was made to burn the car with the appellant's body in it. Lamont then attempted to deface the body by beating it with a tire iron. The body was then left

l'autre et elle a vu l'appellant tirer un coup. Le coup a semblé faire pivoter la victime de sorte qu'elle faisait face à l'appellant. La victime s'est serré le ventre et a commencé à marcher ou trébucher vers l'appellant. L'appellant a reculé de quelques pas et a tiré une deuxième fois. La victime s'est retournée complètement et s'est écroulée sur le dos. L'appellant a alors tiré un troisième coup sur la victime qui gisait sur le plancher. Dwyer a estimé que les trois coups ont été tirés dans un laps de temps de cinq à six secondes. Elle a dit que la fusillade a eu lieu vers 3h et a aussi juré qu'il s'était écoulé quatre ou cinq minutes entre le moment où la victime a insulté l'appellant à une ou plusieurs reprises et celui où le premier coup a été tiré. En contre-interrogatoire, elle a dit que les symptômes extérieurs d'intoxication par la drogue qu'elle avait observés chez l'appellant vers 1h avaient diminué à 3h. En réponse à une question du juge concernant l'état de l'appellant entre 2h et 3h, elle a dit [TRADUCTION] «à ce que j'ai pu voir, il contrôlait tout à fait bien ce qu'il faisait». Elle a aussi dit que la victime a traité l'appellant de [TRADUCTION] «petit voyou de nègre» après avoir été «tarabustée» par lui. Elle a dit que l'appellant paraissait être l'agresseur. Elle a dit qu'elle était redevenue dans son état normal à 2h mais a admis que dans la soirée elle avait fumé cinq ou six cigarettes de marijuana en les partageant avec d'autres personnes et qu'elle avait pris «trois valiums» au cours d'une période de huit heures.

Il n'y a aucun doute que la victime est morte presque immédiatement des blessures causées par les balles. Après la fusillade, toujours selon Dwyer, l'appellant a dit [TRADUCTION] «personne n'appelle qui que ce soit» en réponse à une suggestion d'appeler une ambulance, et il a arraché du mur le fil du téléphone. Il a dit que s'il allait en prison, il avait des amis qui [TRADUCTION] «s'occuperaient» de ces gens. Dwyer a considéré cela comme une menace proférée pour obtenir le silence.

Après discussion, le corps a été mis dans la voiture de la victime qu'on a conduite dans un champ dans la campagne avoisinante. On a tenté sans succès de brûler la voiture contenant le corps de la victime. Lamont a alors essayé de défigurer le corps en le frappant avec un cric. Le corps a

in the car where it was eventually found. Baylis, who was called as a Crown witness, followed in another vehicle, the car which carried the body and he brought Lamont and the appellant back to Windsor. They remained at Baylis's apartment the remainder of the night before going their separate ways the following day. Dwyer remained in Thornton's apartment until about noon the next day when she was arrested by the police. She explained her waiting there by saying that she had been told to clean up and remove blood stains, which she did in fear of retaliation by the appellant.

The appellant gave evidence on his own behalf. He said that he had met the deceased once before in another dope house. He had seen the deceased carrying a gun on that occasion. During the month of October, before the killing, friends had told him that the deceased had accepted a contract to kill him. He denied that he was a drug dealer. He said that he had received threats over the telephone. He said that he had been shot in the spring of 1972, before he met the deceased, and that the house in which he rented accommodation had burned down about two weeks before the killing. He considered all these circumstances suspicious and he had purchased a gun for his protection. He had taken barbiturates earlier in the day on December 1st before going to the Thornton apartment. He had developed, he said, a tolerance to barbiturates and required them to function normally. He was "high" when he went to Thornton's apartment. He said that he saw the deceased sitting at the dining room table and that the deceased said "You didn't burn in the house but you are about to burn in hell". The deceased added that "if he was smart" he would "get his little punk ass out of town". The appellant replied "No two-bit Yankee dope dealer is going to run me out of town". He described the killing by saying that someone had called him into the dining room. He got into an argument with the deceased. The deceased came towards him. He was afraid of the deceased because of his size and he punched at him. The deceased grabbed him. During the scuffle, the deceased tried to put a bear hug on him. He pushed the deceased back towards the bathroom. The deceased then said "I am going to kill you punk" and started reaching inside his sweater. The appellant then shot him believing

alors été abandonné dans la voiture où il a finalement été découvert. Baylis, qui a témoigné pour le ministère public, suivait dans un autre véhicule la voiture qui transportait le corps et il a ramené Lamont et l'appelant à Windsor. Ils sont demeurés chez Baylis le reste de la nuit avant de se séparer le lendemain. Dwyer est restée à l'appartement de Thornton jusque vers midi le lendemain lorsque la police a procédé à son arrestation. Elle a expliqué qu'elle était restée là parce qu'on lui avait dit de nettoyer et d'enlever les taches de sang, ce qu'elle a fait par crainte de représailles de l'appelant.

L'appelant a témoigné pour sa propre défense. Il a déclaré qu'il avait rencontré la victime une fois auparavant dans une autre maison de drogues. A cette occasion il avait vu que la victime portait une arme. Durant le mois d'octobre, avant le meurtre, des amis lui avaient dit que la victime s'était engagée à le tuer. Il a nié être un trafiquant de drogues. Il a dit avoir reçu des menaces au téléphone. Il a dit que l'on avait tiré sur lui au printemps de 1972, avant qu'il ne rencontre la victime, et que la maison où il était locataire avait brûlé environ deux semaines avant le meurtre. Il considérait tous ces événements suspects et avait acheté un pistolet pour se protéger. Il avait consommé des barbituriques plus tôt dans la journée du 1^{er} décembre avant de se rendre à l'appartement de Thornton. Il avait développé, a-t-il dit, une tolérance aux barbituriques et en avait besoin pour fonctionner normalement. Il était [TRADUCTION] «en orbite» lorsqu'il s'est rendu à l'appartement de Thornton. Il a dit avoir vu la victime assise à la table de la salle à manger et que celle-ci lui a dit [TRADUCTION] «Tu n'as pas brûlé dans la maison mais tu vas bientôt brûler en enfer». La victime a ajouté que [TRADUCTION] «s'il était malin» il «débarasserait la ville de sa petite gueule de voyou». L'appelant a répondu [TRADUCTION] «Ce n'est pas un petit trafiquant de drogues Yankee qui me chassera de la ville». Il a décrit le meurtre en disant que quelqu'un l'avait appelé à la salle à manger. Il a eu une altercation avec la victime. La victime est venue vers lui. Il en avait peur à cause de sa taille et il lui a donné un coup de poing. La victime l'a attrapé. Pendant la bagarre, elle a tenté de l'écraser entre ses bras. Il l'a repoussée vers la salle de bain. La victime a alors dit [TRADUC-

that the deceased was reaching for a weapon. The deceased, with his hand still in the sweater, continued to come towards him. The appellant shot again. He said he didn't know how many times he pulled the trigger. He said he was "really stoned". He then said he frisked the deceased for a weapon and discovered he didn't have one.

It will be seen at once that the appellant's version is fundamentally different from that of Dwyer. It will also be seen that his account of the shooting described in great detail, despite his assertion that he was "really stoned", a killing in self-defence not one in response to sudden provocation.

At trial, the appellant relied upon self-defence. The defence of provocation was not argued and counsel for the appellant did not ask the trial judge to direct the jury upon it. The defence relied upon the description of events given by the appellant to support the self-defence theory. The trial judge, in charging the jury, considered that there was evidence which would support the defence of provocation under s. 215 of the *Criminal Code*. He therefore put that defence to the jury notwithstanding that the defence had not been put upon that footing.

The first ground of appeal arises from the refusal of the Court of Appeal to receive new evidence upon the hearing of the appeal. The appellant's counsel moved to introduce new evidence at the outset of the appeal. The notice of motion sought to have the court hear the evidence of Gerald Tuck, who had been counsel for the appellant at trial; Dr. Eugene Leblanc, an official of the Department of Health of the Province of Ontario, concerning the effect of drug use on human behaviour; and Margaret Rau, a woman who had been present in the Thornton apartment when the killing occurred. The application was made under s. 610(1) which is reproduced hereunder:

610. (1) For the purposes of an appeal under this Part, the court of appeal may, where it considers it in the interests of justice,

TION] «Je vais te tuer, voyou» et a mis la main à l'intérieur de son gilet. L'appelant a alors tiré croyant que la victime tentait de prendre une arme. La victime, la main toujours dans l'ouverture de son gilet, a continué à s'avancer vers lui. L'appelant a tiré de nouveau. Il a dit ignorer combien de fois il a pressé la gachette. Il a dit qu'il était [TRADUCTION] «vraiment gelé». Il a alors dit avoir fouillé la victime à la recherche d'une arme et a découvert qu'elle n'en avait pas.

Il est évident que la version de l'appelant est fondamentalement différente de celle de Dwyer. Il est aussi évident que son récit du meurtre décrit très en détail, malgré son assertion qu'il était «vraiment gelé», un meurtre en état de légitime défense et non en réponse à une provocation soudaine.

Au procès, l'appelant s'est fondé sur la légitime défense. La défense de provocation n'a pas été plaidée et l'avocat de l'appelant n'a pas demandé au juge du procès de donner au jury des directives à cet égard. La défense s'est appuyée sur la description des événements donnée par l'appelant pour étayer la théorie de la légitime défense. Dans son exposé au jury, le juge du procès a considéré qu'il y avait une preuve qui pouvait fonder une défense de provocation en vertu de l'art. 215 du *Code criminel*. Il a donc soumis ce moyen de défense au jury bien que la défense ne l'ait pas invoqué.

Le premier moyen d'appel se fonde sur le refus de la Cour d'appel de recevoir de nouvelles dépositions à l'audition. L'avocat de l'appelant a présenté une demande en ce sens dès le début de l'appel. L'avis de requête visait à obtenir que la Cour entende la déposition de Gerald Tuck, qui avait été l'avocat de l'appelant au procès, du Dr. Eugene Leblanc, un fonctionnaire du ministère de la Santé de la province de l'Ontario, au sujet de l'effet de l'usage de drogues sur le comportement humain, et de Margaret Rau, une femme qui se trouvait dans l'appartement de Thornton lorsque le meurtre a eu lieu. La requête a été présentée en vertu du par. 610(1) que voici:

610. (1) Aux fins d'un appel prévu par la présente Partie, la cour d'appel peut, lorsqu'elle l'estime dans l'intérêt de la justice,

(a) order the production of any writing, exhibit, or other thing connected with the proceedings;

(b) order any witness who would have been a compellable witness at the trial, whether or not he was called at the trial,

(i) to attend and be examined before the court of appeal, or

(ii) to be examined in the manner provided by rules of court before a judge of the court of appeal, or before any officer of the court of appeal or justice of the peace or other person appointed by the court of appeal for the purpose;

(c) admit, as evidence, an examination that is taken under subparagraph (b)(ii);

(d) receive the evidence, if tendered, of any witness, including the appellant, who is a competent but not compellable witness;

(e) order that any question arising on the appeal that

(i) involves prolonged examination of writings or accounts, or scientific or local investigation, and

(ii) cannot in the opinion of the court of appeal conveniently be inquired into before the court of appeal,

be referred for inquiry and report, in the manner provided by rules of court, to a special commissioner appointed by the court of appeal; and

(f) act upon the report of a commissioner who is appointed under paragraph (e) in so far as the court of appeal thinks fit to do so.

The Court of Appeal dealt with this motion in a summary way. The motion was dismissed and the notice endorsed with the following words:

The majority of the court are of the view that no proper case had been made for the exercise of their discretion to review fresh evidence; Madam Justice Wilson is of the contrary view and would have heard the evidence.

The affidavits filed by the appellant's counsel at trial showed he had applied for an adjournment of the trial which commenced on February 11, 1974, to enable him to consult with and engage a psychiatrist to give evidence for the defence on the issue of the ability of the appellant to form an intent to kill or to cause bodily harm. He was refused the adjournment and he had to rely at trial on the evidence of Dwyer, adverse as she was, to form any basis for a defence based on the appellant's mental capacity. To repair this deficiency,

a) ordonner la production de tout écrit, toute pièce ou autre chose se rattachant aux procédures;

b) ordonner qu'un témoin qui aurait été un témoin contraignable lors du procès, qu'il ait été appelé ou non au procès,

(i) comparaisse et soit interrogé devant la cour d'appel, ou

(ii) soit interrogé de la manière prévue par les règles de cour devant un juge de la cour d'appel, ou devant tout fonctionnaire de la cour d'appel ou un juge de paix ou autre personne nommée à cette fin par la cour d'appel;

c) admettre, comme preuve, un interrogatoire recueilli aux termes du sous-alinéa b)(ii);

d) recevoir la déposition, si elle a été offerte, de tout témoin, y compris l'appelant, qui est compétent pour témoigner mais non contraignable;

e) ordonner que toute question surgissant à l'occasion de l'appel et qui

(i) comporte un examen prolongé d'écrits ou comptes, ou des recherches scientifiques ou locales, et

(ii) ne peut, de l'avis de la cour d'appel, être examinée commodément devant la cour d'appel,

soit déferée pour enquête et rapport, de la manière prévue par les règles de cour, à un commissaire spécial nommé par la cour d'appel; et

f) donner suite au rapport d'un commissaire nommé en vertu de l'alinéa e) dans la mesure où la cour d'appel estime opportun de le faire.

La Cour d'appel a disposé sommairement de cette requête. Elle l'a rejetée et a inscrit ce qui suit sur l'avis:

[TRADUCTION] La majorité de la cour est d'avis que l'on n'a pas démontré qu'elle devait exercer son pouvoir discrétionnaire de recevoir de nouvelles dépositions; madame le juge Wilson est d'avis contraire et aurait entendu la preuve.

Les affidavits produits par l'avocat de l'appelant au procès indiquent qu'il avait demandé un ajournement du procès, qui a commencé le 11 février 1974, pour lui permettre de consulter et d'embaucher un psychiatre qui témoignerait pour la défense au sujet de la capacité de l'appelant de former une intention de tuer ou de causer des blessures corporelles. L'ajournement lui a été refusé et il a dû, au procès, s'appuyer sur le témoignage de Dwyer, si hostile qu'elle ait été, pour donner quelque fondement à une défense

he sought to have the evidence of Dr. Leblanc introduced before the Court of Appeal. An examination of Dr. Leblanc's affidavit indicates that his evidence would go largely in contradiction of the evidence of Dwyer as to the mental capacity of the appellant on the issue of provocation. As such, it would be principally concerned with discrediting Dwyer's evidence. The affidavit of Margaret Rau also contradicts Dwyer's evidence in several particulars. In it she deposes that the deceased was looking for a fight and was the aggressive party but that she did not see the actual shooting. Her name was on the back of the indictment as a witness but she was not called by the Crown. She had been called at the preliminary hearing by the defence. Counsel swore in his affidavit that he had endeavoured to locate her during the trial but was unable to find her. He did not, however, ask for the assistance of the court in finding her nor did he indicate to the court that he wished to call her. Counsel at trial, on February 11, 1974, had been counsel for the appellant at his preliminary hearing on December 10, 1973, and had presumably received his instructions well before that date and had had sufficient time to prepare for the defence. I am not of the opinion that the Court of Appeal made any error in the exercise of its discretion under s. 610 of the *Criminal Code* and I would not give effect to this ground of appeal.

The evidence sought to be introduced in this motion does not meet the requirements established by this court in such authorities as *McMartin v. The Queen*⁴.

The appellant argues that the defence of provocation was improperly dealt with by the trial judge in his direction to the jury and by the majority of the Court of Appeal. This ground of appeal was expressed in the appellant's factum in these words:

Did the majority for the Court of Appeal for the Province of Ontario err in

- (1) finding that the failure of the learned trial judge to instruct the jury that they should take into consideration the evidence of the appellant's intoxication in assessing whether he acted on the sudden

⁴ [1964] S.C.R. 484.

basée sur l'état mental de l'appelant. Pour combler cette lacune, il a tenté de faire témoigner le Dr Leblanc en Cour d'appel. Un examen de l'affidavit du Dr Leblanc indique que sa déposition contredirait en bonne partie le témoignage de Dwyer sur l'état mental de l'appelant quant à la provocation. Comme tel, il aurait principalement pour but de discréditer le témoignage de Dwyer. L'affidavit de Margaret Rau contredit également le témoignage de Dwyer sur plusieurs points. Elle y affirme que la victime cherchait la bagarre et était la personne agressive mais qu'elle n'a pas vu la fusillade elle-même. Son nom figure à l'endos de l'acte d'accusation comme témoin mais le ministère public ne l'a pas citée. La défense l'avait fait témoigner à l'enquête préliminaire. L'avocat a affirmé dans son affidavit qu'il avait tenté de la trouver pendant le procès mais sans succès. Il n'a cependant ni demandé l'aide de la Cour pour la trouver, ni indiqué à la Cour qu'il désirait la faire comparaître. L'avocat de l'appelant au procès, le 11 février 1974, était le même qu'à l'enquête préliminaire tenue le 10 décembre 1973 et on peut présumer que ses services avaient été retenus bien avant cette date et qu'il avait eu suffisamment de temps pour préparer la défense. Je ne suis pas d'avis que la Cour d'appel a commis d'erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 610 du *Code criminel* et je suis d'avis que ce moyen d'appel est irrecevable.

Les dépositions dont cette requête demandait la production ne répondent pas aux exigences établies par cette Cour dans des arrêts comme *McMartin c. La Reine*⁴.

L'appelant prétend que le juge du procès dans ses directives au jury et la majorité de la Cour d'appel n'ont pas traité correctement de la défense de provocation. Dans le factum de l'appelant, ce moyen d'appel est exprimé en ces termes:

[TRADUCTION] La majorité de la Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en

- (1) concluant que l'omission du savant juge de première instance d'exposer au jury qu'il devait tenir compte de la preuve de l'intoxication de l'appelant pour décider s'il avait agi sur le coup et en réponse

⁴ [1964] R.C.S. 484.

and as a result of provocation was not a miscarriage of justice?

It will be recalled that the appellant did not raise the defence of provocation at trial but relied on self-defence. It may be observed here that at no time did the appellant say that he had been provoked into violent action by the words and conduct of the deceased. In fact, his description of events goes far to negate any suggestion of provocation. His evidence reveals an attack, described clearly and with some detail, to which he reacted, not on the sudden, but by defending himself. When, according to his evidence, he saw the deceased put his hand inside his sweater, he considered that the deceased was reaching for a gun and, in fear of his life, he shot and killed him. This describes a calculated and rational series of defensive acts, not a sudden reaction in the heat of passion. Nevertheless, the trial judge and the Court of Appeal considered there was some evidence of provocation which required the putting of that charge to the jury. I have read the evidence with care and find it difficult to reach a conclusion that there was any evidence of a wrongful act or insult of such nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control. Further, I was unable to find any evidence that the accused acted on the sudden before his passion cooled. However, since the direction was put, it should have been put correctly. *Martin J.A.*, for the majority of the Court of Appeal, after making some minor criticisms of the charge on this point, said:

The failure of the trial judge, however, to instruct the jury that they were entitled to consider the appellant's condition with respect to intoxication on the issue whether he was deprived of his power of self-control, in the event they considered that there was a wrongful act or insult sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control, constituted non-direction and it, therefore, becomes necessary to examine this error in the context of the trial to determine whether it resulted in a substantial wrong or miscarriage of justice.

Wilson J.A., while agreeing that there was error in the charge on this point, disagreed with the majority conclusion that no substantial wrong or miscarriage of justice resulted. The majority's

à une provocation, ne constituait pas une erreur judiciaire grave?

On se rappellera que l'appellant n'a pas soulevé la défense de provocation au procès mais s'est appuyé sur la légitime défense. On peut faire remarquer ici que l'appellant n'a jamais dit que les mots ou la conduite de la victime avaient provoqué son action violente. En réalité, sa description des événements contredit largement l'hypothèse de la provocation. Son témoignage révèle une agression, décrite clairement et en détail, à laquelle il a réagi, non sur le coup, mais en se défendant. Quand, selon son témoignage, il a vu la victime mettre la main à l'intérieur de son gilet, il a pensé qu'elle cherchait une arme et, craignant pour sa vie, il a tiré et l'a tuée. Ceci décrit une série d'actes défensifs rationnels et calculés, non une réaction impulsive dans un accès de colère. Néanmoins le juge du procès et la Cour d'appel ont considéré qu'il y avait des éléments de preuve de provocation qui exigeaient que l'on donne cette directive au jury. J'ai lu la preuve avec soin et je trouve difficile d'arriver à la conclusion qu'il y avait la moindre preuve d'une action injuste ou d'une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. De plus, je n'ai pu trouver aucune preuve que l'accusé a agi sur le coup avant d'avoir repris son sang-froid. Cependant, puisque la directive a été donnée, elle aurait dû l'être correctement. Après quelques critiques mineures de la directive sur ce point, le juge *Martin* a dit au nom de la majorité de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Cependant, l'omission du juge du procès d'exposer au jury qu'il pouvait tenir compte de l'état d'intoxication de l'appellant en déterminant s'il était privé du pouvoir de se maîtriser, dans l'hypothèse où il conclurait qu'il y avait eu une action injuste ou une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, constitue une absence de directive et il devient donc nécessaire d'examiner cette erreur dans le contexte du procès pour décider si elle a causé un tort important ou une erreur judiciaire grave.

Tout en convenant qu'il y avait une erreur dans les directives sur ce point, le juge *Wilson* était en désaccord avec la conclusion de la majorité qu'aucun tort important ou erreur judiciaire grave n'en

finding on this point was the basis of the appellant's attack.

It is clear that where the defence of provocation is put to the jury in circumstances where there is evidence of intoxication by drugs or alcohol of the defendant, the jury must be directed that they are entitled to consider and should consider what effect such intoxication, if they find it to exist, might have upon the accused. They should be told to consider whether his power of self-control had been affected to the point where he might be deprived, in whole or in part, of his normal ability to restrain himself in circumstances which could amount to provocation. Failure to charge upon this issue is misdirection and has been so regarded in such cases as *R. v. Harms*⁵ and *Taylor v. The King*⁶. The point is well summarized by Martin J.A. in *R. v. Haight*⁷, at p. 173:

The Supreme Court of Canada in *Taylor v. The King* (1947), 89 C.C.C. 209, [1948] 1 D.L.R. 545, [1947] S.C.R. 462, held that on a charge of murder where the defence of provocation is advanced, intoxication may be considered by the jury in the second branch of the inquiry, that is, whether the accused was actually deprived of the power of self-control by the provocation which he had received. I refer particularly to the judgment of Kellock, J. (with whom Taschereau, J., concurred), at pp. 223-5, and the judgment of Estey, J., at p. 229. That case has been frequently applied by provincial appellate Courts. I refer only to some of those cases: *R. v. Ouellette* (1950), 98 C.C.C. 153, 10 C.R. 397, [1950] 2 W.W.R. 875; *R. v. Swanson* (1950), 96 C.C.C. 227, 10 C.R. 81, [1950] 1 W.W.R. 1001; and *Abel v. The Queen* (1955), 115 C.C.C. 119, 23 C.R. 163, [1956] Que. Q.B. 89, and more recently by this Court in *R. v. Tennant and Nacaratto* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80, 7 O.R. (2d) 687, 31 C.R.N.S. 1.

Defence counsel requested the trial Judge to charge the jury in accordance with the principles enunciated in *Taylor v. The King*, *supra*. The application by defence counsel was vigorously opposed by Crown counsel (who I hasten to add was not Mr. Watt), and as a result the trial Judge did not instruct the jury that in deciding whether the accused was actually deprived of his power of self-control, they should take into consideration the

avait résulté. La décision de la majorité sur ce point est à la base de la contestation de l'appelant.

Il est clair que lorsque la défense de provocation est soumise au jury dans des circonstances où il y a une preuve d'intoxication du défendeur due à des drogues ou à l'alcool, il faut expliquer au jury qu'il a le droit de tenir compte et devrait tenir compte de l'effet que pareille intoxication, s'il conclut qu'elle existait, a pu avoir sur l'accusé. Il faut lui dire d'examiner si cela a influé sur le pouvoir de se maîtriser de l'accusé au point où il pourrait être privé, en totalité ou en partie, de sa capacité habituelle de se retenir dans des circonstances pouvant constituer une provocation. L'omission de donner des directives sur cette question constitue une directive erronée et c'est ainsi que les arrêts *R. v. Harms*⁵ et *Taylor c. Le Roi*⁶ l'ont considérée. Le juge Martin a bien résumé la question dans l'arrêt *R. v. Haight*⁷, à la p. 173:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Taylor c. Le Roi* (1947), 89 C.C.C. 209, [1948] 1 D.L.R. 545, [1947] R.C.S. 462, la Cour suprême du Canada a décidé que dans le cas d'une accusation de meurtre où l'on invoque la défense de provocation, le jury peut tenir compte de l'intoxication à la seconde étape de l'analyse, c'est-à-dire, de la question de savoir si l'accusé a réellement été privé du pouvoir de se maîtriser par la provocation dont il a été l'objet. Je renvoie en particulier à l'opinion du juge Kellock (à laquelle le juge Taschereau a souscrit) aux pp. 223 à 225, et à celle du juge Estey, à la p. 229. Cet arrêt a été fréquemment appliqué par les cours d'appel provinciales. Je cite seulement certains de ces arrêts: *R. v. Ouellette* (1950), 98 C.C.C. 153, 10 C.R. 397, [1950] 2 W.W.R. 875; *R. v. Swanson* (1950), 96 C.C.C. 227, 10 C.R. 81, [1950] 1 W.W.R. 1001; et *Abel c. La Reine* (1955), 115 C.C.C. 119, 23 C.R. 163, [1956] B.R. 89, et plus récemment celui de cette Cour dans *R. v. Tennant and Nacaratto* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80, 7 O.R. (2d) 687, 31 C.R.N.S. 1.

L'avocat de la défense a demandé au juge du procès de donner au jury des directives conformes aux principes énoncés dans l'arrêt *Taylor c. Le Roi*, précité. Le substitut du procureur général (je souligne que ce n'était pas M^c Watt) s'est vigoureusement opposé à la demande de l'avocat de la défense et finalement le juge du procès n'a pas exposé au jury que pour décider si l'accusé était réellement privé du pouvoir de se maîtriser, il devait

⁵ (1936), 66 C.C.C. 134 (Sask. C.A.).

⁶ [1947] S.C.R. 462.

⁷ (1976), 30 C.C.C. (2d) 168.

⁵ (1936), 66 C.C.C. 134 (C.A. Sask.).

⁶ [1947] R.C.S. 462.

⁷ (1976), 30 C.C.C. (2d) 168.

amount of liquor that he had consumed. We are all of the view that he erred in failing to direct the jury in accordance with the request that was made to him.

The trial judge was then in error in this respect and it must be considered whether the Court of Appeal was correct in applying the provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* to dismiss the appeal on the basis that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.

I am in agreement with the majority of the Court of Appeal in their application of that section. In this case, there was little if any evidence to support the proposition that provocation had been given. There was no evidence from the appellant himself that he had been provoked and no assertion from him that he had responded on the sudden before his passion cooled. In fact, the evidence on this point revealed a lapse of time of four or five minutes from the time of the alleged insult to the firing of the first shot. He said he acted in self-defence. The evidence is all against provocation. Furthermore, as pointed out by Martin J.A., any evidence which could have supported the defence of provocation was bound up so closely with his evidence of the assault against him that when it was rejected by the jury, as it clearly was, there was no remaining basis for the defence of provocation. As I have indicated, I doubt that the appellant was entitled to have the issue of provocation go to the jury in this case. However, the direction in respect of this defence given by the trial judge did not have an adverse effect upon the appellant's position. The omission by the trial judge to deal with the evidence of intoxication is, in my opinion, not fatal to the conviction. In applying the test in *Colpitts v. The Queen*⁸, I am of the opinion that the result would not have been affected by reference to the evidence of the appellant's intoxication. This ground of appeal must fail.

I come now to the argument that both Baylis and Dwyer, as accessories after the fact, were accomplices and that the jury should have been instructed on the danger of convicting on their evidence in the absence of corroboration. As men-

tenir compte de la quantité d'alcool qu'il avait consommée. Nous sommes tous d'avis qu'il a commis une erreur en ne donnant pas au jury de directives conformes à la demande qui lui avait été faite.

Le juge du procès a donc commis une erreur à cet égard et il faut se demander si la Cour d'appel a eu raison d'appliquer les dispositions du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* pour rejeter l'appel au motif qu'il ne s'est produit aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave.

Je suis d'accord avec la façon dont la majorité de la Cour d'appel a appliqué cette disposition. En l'espèce, il n'y avait que peu de preuve, sinon aucune, à l'appui de l'hypothèse de la provocation. L'appelant lui-même n'a pas témoigné avoir été provoqué et il n'a pas affirmé avoir réagi sur le coup avant d'avoir repris son sang-froid. En fait, la preuve sur ce point révèle que quatre ou cinq minutes se sont écoulées entre la prétendue insulte et le premier coup de feu. Il a dit avoir agi en légitime défense. Toute la preuve contredit la provocation. De plus, comme l'a fait remarquer le juge Martin, toute preuve qui aurait pu fonder la défense de provocation était liée de si près à son témoignage sur l'agression dont il avait été l'objet que, lorsque le jury l'a rejeté, comme il l'a clairement fait, la défense de provocation n'avait plus aucun fondement. Comme je l'ai indiqué, je doute que l'appelant ait eu le droit de voir la question de provocation soumise au jury en l'espèce. Cependant, la directive du juge du procès sur cette défense n'a pas eu d'effet négatif sur la situation de l'appelant. L'omission du juge du procès de traiter de la preuve d'intoxication n'a pas, à mon avis, pour effet d'invalider la déclaration de culpabilité. Appliquant le critère énoncé dans l'arrêt *Colpitts c. La Reine*⁸, je suis d'avis qu'une mention de la preuve de l'intoxication de l'appelant n'aurait pas changé le résultat. Ce moyen d'appel doit échouer.

J'arrive maintenant à l'argument selon lequel Baylis et Dwyer, en tant que complices après le fait, sont des complices et que le jury aurait dû être averti du danger de fonder un verdict de culpabilité sur leur témoignage non corroboré.

⁸ [1965] S.C.R. 739.

⁸ [1965] R.C.S. 739.

tioned by Martin J.A., there was an abundance of evidence that Baylis was an accomplice as an accessory after the fact in that he assisted the appellant in the attempted disposal and concealment of the body and provided food, clothing and shelter for the appellant after the event. Counsel for the Crown conceded in the Court of Appeal that this issue, at least with respect to Baylis, should have been left to the jury. The evidence with respect to Dwyer was by no means as clear and I doubt if there was any which could fairly be said to support the proposition that she was an accomplice as an accessory after the fact. She was in no way connected with the killing and the only evidence which could support a conclusion that she was an accessory after the fact related to her cleaning up the blood stains after the body had been removed from the premises. However, for the purpose of resolving this point, I am prepared to assume that there was some evidence in her case which could have gone to the jury on this issue. Nevertheless, even on that assumption, I agree with the majority of the Court of Appeal that no substantial wrong or miscarriage of justice resulted because of the omission of any such direction. As far as Baylis is concerned, his evidence did not go to the actual killing. If he had never been called, or if the jury had disbelieved every word he said, it would not affect the weight of the Crown evidence as to the actual killing. As to events which occurred after the killing, of which he did give evidence, his evidence dealt only with the disposal and concealment of the body and with other peripheral matters which were not denied by the defence and which added little or nothing to the Crown's case. The omission of the charge in respect of Baylis would not have affected the outcome of the case. As to the witness Dwyer, her evidence was of vital concern to the Crown's case but her involvement as an accessory was tenuous and not connected with her evidence of the killing.

I agree with Martin J.A. when he said in this connection:

I am completely satisfied that any defect in the judge's charge because of his failure to leave with the jury the issue whether Miss Dwyer was an accomplice was not a substantial wrong to the accused and did not result in a miscarriage of justice.

Comme l'a mentionné le juge Martin, il y a une preuve abondante que Baylis est un complice après le fait, parce qu'il a aidé l'appelant dans la tentative de se débarrasser du corps et de le cacher, et qu'il a nourri, logé et vêtu l'appelant après le meurtre. Le substitut du procureur général a reconnu en Cour d'appel que cette question, du moins en ce qui a trait à Baylis, aurait dû être soumise au jury. La preuve concernant Dwyer est loin d'être aussi claire et je doute que l'on puisse raisonnablement dire qu'une preuve quelconque fonde la proposition qu'elle est complice en tant que complice après le fait. Elle n'est d'aucune façon reliée au meurtre et la seule preuve qui justifierait une conclusion qu'elle est un complice après le fait concerne le nettoyage des taches de sang, une fois le corps enlevé des lieux. Cependant, pour résoudre cette question, je suis prêt à présumer que dans son cas, des éléments de preuve auraient pu être soumis au jury sur ce point. Néanmoins, même dans ce cas, je suis d'accord avec la majorité de la Cour d'appel qu'aucun tort important ou erreur judiciaire grave n'a résulté de l'omission de donner pareille directive. Quant à Baylis, son témoignage ne porte pas sur le meurtre lui-même. S'il n'avait jamais témoigné, ou si le jury n'avait pas cru un mot de son témoignage, cela n'aurait pas modifié le poids de la preuve à charge sur le meurtre lui-même. Quant aux événements postérieurs au meurtre, sur lesquels il a témoigné, son témoignage ne porte que sur la destruction et la dissimulation du corps et d'autres questions secondaires que la défense n'a pas contestées et qui n'ajoutaient que peu ou rien à la preuve du ministère public. L'absence de directive à l'égard de Baylis n'aurait pas influé sur le résultat de l'affaire. Quant au témoin Dwyer, son témoignage est vital pour la preuve du ministère public, mais son implication comme complice après le fait est minime et n'est pas reliée à son témoignage sur le meurtre.

Je suis d'accord avec le juge Martin lorsqu'il dit à ce propos:

[TRADUCTION] Je suis entièrement convaincu que tout défaut dans l'exposé du juge résultant de son omission de soumettre au jury la question de la complicité de M^{lle} Dwyer n'a pas causé un tort important à l'accusé et n'a pas eu pour résultat une erreur judiciaire grave.

This ground of appeal must also fail.

I now turn to the final ground of appeal. The appellant alleges that the trial judge erred in dealing with the request of the jury to have some evidence read back after they had commenced deliberation and, that the Court of Appeal erred in considering that the trial judge's handling of this matter did not result in any substantial wrong or miscarriage of justice. The problem arose in this way. The jury retired to consider its verdict at 1:22 p.m. After hearing counsel regarding certain objections to the charge, the jury was called back at 1:58 p.m. and the trial judge gave them further instructions to which no objection is taken here. The jury then retired for a second time at 2:00 p.m. At 3:02 p.m., the jury returned to the courtroom and upon that occasion the following occurred:

HIS LORDSHIP: Gentlemen?

THE FOREMAN: Yes, my lord, we have a question to rehear the testimony by the accused as well as Catherine Dwyer.

HIS LORDSHIP: What? All the evidence?

THE FOREMAN: The salient points.

HIS LORDSHIP: We do not want to retry it. How much of her evidence do you want?

THE FOREMAN: The portion relating to Olbey's actions in the latter part of the evening, sir.

HIS LORDSHIP: You say the latter part of the evening. Are you speaking of after 2:00 o'clock, or so?

THE FOREMAN: No, sir. I think from approximately 12:30 on.

HIS LORDSHIP: 12:30. Do you want all of her evidence from the time she returned when she said about 1:00 a.m.?

THE FOREMAN: Yes, sir.

HIS LORDSHIP: You want all of her evidence read, examination and cross-examination, all of her evidence read?

THE FOREMAN: I think, sir, that in view of the fact that there seems to be a bit of doubt—

HIS LORDSHIP: No. Just answer my question. Do you want all of it read?

THE FOREMAN: Yes.

HIS LORDSHIP: I may say that not often is the evidence read back to you; I am going to accede since one of the counsel said that the evidence could be read back.

Ce moyen d'appel doit également échouer.

J'examine maintenant le dernier moyen d'appel. L'appellant prétend que le juge du procès a commis une erreur en disposant de la demande du jury qu'une partie de la preuve lui soit relue après qu'il eut commencé à délibérer, et que la Cour d'appel a commis une erreur en décidant que la façon dont le juge du procès en avait disposé n'a pas eu pour résultat un tort important ou une erreur judiciaire grave. Voici comment s'est posé le problème. Le jury s'est retiré pour délibérer à 13 h 22. Après avoir entendu certaines objections des avocats aux directives, le juge du procès a rappelé le jury à 13 h 58 et lui a donné d'autres directives qui ne sont pas contestées ici. Le jury s'est alors retiré pour la seconde fois à 14 h. A 15 h 02, le jury est revenu à la salle d'audience et voici ce qui s'est passé:

[TRADUCTION] SA SEIGNEURIE: Messieurs?

LE PRÉSIDENT DU JURY: Oui, Votre Seigneurie, nous désirons entendre de nouveau le témoignage de l'accusé de même que celui de Catherine Dwyer.

SA SEIGNEURIE: Comment? Tout le témoignage?

LE PRÉSIDENT: Les parties importantes.

SA SEIGNEURIE: Nous ne voulons pas recommencer le procès. Quelle partie de son témoignage voulez-vous?

LE PRÉSIDENT: La partie relative aux actes d'Olbey dans la dernière partie de la soirée.

SA SEIGNEURIE: Vous dites la dernière partie de la soirée. Voulez-vous dire après 2 ou à peu près?

LE PRÉSIDENT: Non. A partir d'environ minuit et demi je crois.

SA SEIGNEURIE: Minuit et demi. Voulez-vous tout son témoignage à partir du moment où elle est revenue quand elle a dit vers une heure du matin?

LE PRÉSIDENT: Oui, monsieur.

SA SEIGNEURIE: Vous voulez que tout son témoignage soit lu, interrogatoire et contre-interrogatoire, tout son témoignage?

LE PRÉSIDENT: Je crois que, vu qu'il semble y avoir certains doutes—

SA SEIGNEURIE: Non. Répondez seulement à ma question. Voulez-vous qu'il soit lu en entier?

LE PRÉSIDENT: Oui.

SA SEIGNEURIE: Je crois qu'il n'est pas fréquent que la preuve soit relue. Je vais accéder à votre demande puisque l'un des avocats a dit que les témoignages

Normally, we do not have the evidence read back and have the case retried, but we will.

Mr. Reporter, would you turn up the evidence of Catherine Dwyer to the point where she said that she got to Thornton's house about 1:00 a.m.

The court reporter commenced reading back evidence and stopped reading at 3:27 p.m. It is not clear from the transcript itself why he stopped, but up to that point he had read back evidence filling ten pages of the transcript which was reproduced before us.

The jury returned at 5:04 and required further direction on the question of intoxication as it relates to homicide. In answer to questions put to the trial judge, the foreman said the jury was not concerned with provocation, merely intoxication. He asked the judge, "Just as you read it from the law book". The judge then charged the jury with respect to drunkenness and the jury retired at 5:07. Neither counsel objected to this charge. The jury returned at 5:18 and gave their verdict convicting the appellant of murder.

Counsel for the appellant contended that the trial judge was in error in allowing only part of the evidence of Dwyer to be read back. He contended that when part of a witness's evidence is reread all the cross-examination or qualifying evidence should also be read so that the evidence will be put in its proper relation to the whole of the case and so that the evidence will not be isolated and given more emphasis and significance than it should have.

I am in agreement with this proposition, as was Martin J.A. in the Court of Appeal. He said:

I accept, of course, the proposition that where the jury requests that the evidence of a witness be read back, it is incumbent on the trial judge not to allow the jury to hear a part only of the evidence of the witness without also hearing those portions of the evidence of the witness, whether given in-chief or in cross-examination, which weaken or qualify the part read, even though the jury indicates that it does not wish to hear any more of the witness' evidence. Otherwise, the jury is not hearing

pouvaient être relus. Habituellement les témoignages ne sont pas relus et le procès recommencé, mais nous allons le faire.

M. le sténographe, voulez-vous lire le témoignage de Catherine Dwyer à partir du moment où elle a dit qu'elle était retournée à la maison de Thornton vers une heure du matin.

Le sténographe judiciaire a commencé à relire le témoignage et s'est arrêté à 15 h 27. La transcription elle-même n'indique pas clairement pourquoi il s'est arrêté, mais à ce moment-là, il avait relu dix pages de la transcription qui a été produite devant nous.

Le jury est revenu à 17h04 et a demandé des directives additionnelles sur la question de l'intoxication dans le contexte de l'homicide. Aux questions posées par le juge, le président du jury a répondu que le jury ne se préoccupait pas de la provocation mais simplement de l'intoxication. Il a demandé au juge [TRADUCTION] «Simplement ce que vous avez lu dans le livre de droit». Le juge a alors donné au jury des directives relatives à l'ivresse et le jury s'est retiré à 17h07. Aucun des avocats ne s'est opposé à ces directives. Le jury est revenu à 17h18 et a rendu un verdict de culpabilité de meurtre contre l'appelant.

L'avocat de l'appelant a soutenu que le juge du procès a commis une erreur en permettant la lecture d'une partie seulement du témoignage de Dwyer. Il a soutenu que lorsqu'une partie d'un témoignage est relue, tout le contre-interrogatoire ou la preuve pertinente devrait également l'être afin de bien situer le témoignage par rapport à l'ensemble de l'affaire et afin qu'il ne soit pas sorti de son contexte ni ne reçoive plus d'importance et de portée qu'il ne doit en avoir.

Je suis d'accord avec cette proposition, comme l'a été le juge Martin en Cour d'appel. Il a dit:

[TRADUCTION] J'accepte, bien sûr, la proposition que lorsque le jury demande qu'un témoignage lui soit relu, le juge du procès a le devoir de ne pas lui permettre d'en entendre une partie seulement sans entendre également les parties, qu'il s'agisse de l'interrogatoire principal ou du contre-interrogatoire, qui affaiblissent ou restreignent la partie lue, même si le jury indique qu'il ne souhaite entendre rien de plus. Autrement le jury n'entend pas la déposition du témoin, mais simplement une

the evidence of the witness, but only an incomplete, or even an inaccurate account of his or her testimony.

This view is well supported in the authorities: see *R. v. Wydryk and Wilkie*⁹, *R. v. Bell, Christiansen, Coolen and MacDonald*¹⁰, *R. v. Stewart and Johnson*¹¹, *R. v. Smith, Sauv e and George*¹².

It is necessary to examine what occurred in this case. The transcript does not make clear why the reading back of the evidence of Dwyer ceased. By agreement, an affidavit dated February 14, 1977, of one Terrance Corcoran, who was the Supreme Court reporter involved in the trial, was produced. Counsel for the appellant was allowed to cross-examine on the affidavit and counsel for the Crown re-examined. The affidavit is reproduced hereunder:

AFFIDAVIT

I Terrance Corcoran, a duly qualified Supreme Court Reporter, make oath and say as follows:

1. That I was the Official Court Reporter during the trial of the matter before the Honourable Mr. Justice Callon in Windsor, Ontario in February of 1974;
2. That on Monday, the 14th day of February, 1977, I was asked by the Crown Attorney to refer to my original notes in the matter;
3. That I was asked in particular to refer to any notes I might have as to what occurred when the jury returned to the Courtroom and requested that certain evidence be read back to them;
4. That I complied with this request and found that my notes indicated that after I had re-read to the jury the portion of the examination-in-chief of the Crown witness C. Dwyer as it appears in Vol. 6 at pages 1192 to 1202 of the Transcript, the jury foreman indicated that the jury did not wish to hear any more, and that it was not necessary to have the remainder of the witness C. Dwyer's evidence, nor the evidence of the Appellant read back to them;
5. That after this indication was given by the jury foreman, no further evidence was re-read to them;
6. And that this indication by the jury was inadvertently omitted from the original transcript. The remark did not in fact get transcribed as I was in the witness box reading the evidence at the time the remarks were made.

⁹ (1972), 17 C.R.N.S. 336 (B.C.C.A.).

¹⁰ (1975), 28 C.R.N.S. 55 (N.S.C.A.).

¹¹ (1968), 5 C.R.N.S. 75 (B.C.C.A.).

¹² (1976), 25 C.C.C. (2d) 270 (B.C.C.A.).

version incomplète, ou même inexacte, du témoignage.

La jurisprudence appuie largement cette opinion: voir *R. v. Wydryk and Wilkie*⁹, *R. v. Bell, Christiansen, Coolen and MacDonald*¹⁰, *R. v. Stewart and Johnson*¹¹, *R. v. Smith, Sauvée and George*¹².

Il est nécessaire d'examiner ce qui s'est produit en l'espèce. La transcription n'indique pas clairement pourquoi la relecture du témoignage de Dwyer a pris fin. De consentement, on a produit un affidavit en date du 14 février 1977, d'un nommé Terrance Corcoran, qui était le sténographe de la Cour suprême au procès. L'avocat de l'appelant a pu contre-interroger sur l'affidavit et le substitut du procureur général a pu interroger de nouveau. Voici cet affidavit:

[TRADUCTION] AFFIDAVIT

Je, Terrance Corcoran, sténographe de la Cour suprême, étant d mument assermenté, déclare ce qui suit:

1. Que j'étais le sténographe officiel de la Cour durant le procès en cause devant l'honorable juge Callon   Windsor (Ontario) en février 1974;
2. que le lundi 14 février 1977, le substitut du procureur général m'a demandé de me reporter à mes notes originales dans l'affaire en cause;
3. Qu'on m'a demandé en particulier de me reporter à mes notes sur ce qui s'est produit lorsque le jury est revenu à la salle d'audience et a demandé que lui soient relus certains témoignages;
4. Que je me suis conformé à cette demande et ai trouvé dans mes notes qu'après que j'eus relu au jury la partie de l'interrogatoire principal du témoin du ministère public C. Dwyer qui figure aux pages 1192 à 1202 du Volume 6 de la transcription, le président du jury a indiqué que le jury ne désire pas en entendre davantage, et qu'il n'était pas nécessaire de lui relire le reste du témoignage de C. Dwyer, ni celui de l'appelant;
5. Qu'après que le président du jury eut donné cette indication, aucun autre témoignage n'a été relu au jury;
6. Et que cette indication par le jury été omise de la transcription originale par erreur. La remarque n'a pas été transcrite parce qu'au moment où elle a été faite j'étais à la barre des témoins pour y lire le témoignage.

⁹ (1972), 17 C.R.N.S. 336 (C.A. C.-B.).

¹⁰ (1975), 28 C.R.N.S. 55.

¹¹ (1968), 5 C.R.N.S. 75 (C.A. C.-B.).

¹² (1976), 25 C.C.C. (2d) 270 (C.A. C.-B.).

DATED at Toronto, this 14th day of February, 1977.

SWORN before me in the Judicial District of York in the Regional Municipality of Metropolitan Toronto on this 14th day of February, 1977.

(sgd.) Terrance M. Corcoran

(sgd.) Doherty—A Commissioner, etc.

The cross-examination did not affect the affidavit and it is evident that the jury, having heard part of the evidence reread, were satisfied with what they had heard and did not feel the need for further reading. The jury, in the result, had reread to them only a portion of the evidence of Dwyer consisting of part of her examination in-chief by Crown counsel. They did not request more. No cross-examination on this evidence was reread and no qualifying evidence from Dwyer or other witnesses was read. What was read was, from the Crown point of view, vital. It concerned Dwyer's description of the killing and forms the heart of the Crown's case.

There can be no doubt that the trial judge was in error in this matter. It would have been a relatively small matter to have the cross-examination of Dwyer on this part of her testimony read back. Furthermore, it would have been a simple matter to have read back Olbey's description of the killing or at least to have reminded the jury and recalled to their minds its essential features. It must, therefore, be considered if this error prejudiced the appellant by improperly influencing the jury's verdict, thereby resulting in a substantial wrong or miscarriage of justice.

To begin with, there was never any question as to the fact that the appellant did the killing. The only question raised was as to the nature of the killing. That is, did the appellant kill in self-defence or, as later left by the trial judge to the jury, under provocation? Any emphasis on Dwyer's evidence merely identifying the appellant as the killer could not, therefore, prejudice him. Her description of events excluded self-defence and was indeed vital to the Crown's case but I agree with Martin J.A. that in cross-examination her evidence was not shaken. Furthermore, the reading back of her cross-examination would, in

FAIT à Toronto, ce 14 février 1977.

DÉCLARÉ SOUS SERMENT devant moi dans le district judiciaire de York dans la Municipalité régionale du Toronto métropolitain ce 14 février 1977.

(Signature) Terrance M. Corcoran

(Signature) Doherty—Commissaire, etc.

Le contre-interrogatoire n'a pas affaibli l'affidavit et il est évident que le jury, auquel une partie du témoignage a été relue, en avait entendu assez et ne sentait pas le besoin que la lecture se poursuive. Le jury, en conséquence, ne s'est fait relire que la partie du témoignage de Dwyer constituée d'une partie de son interrogatoire principal par le substitut du procureur général. Il n'en a pas demandé davantage. Le contre-interrogatoire sur ce témoignage n'a pas été relu ni aucune déposition de Dwyer ou d'autres témoins y apportant des restrictions. Ce qui a été lu était, du point de vue du ministère public, vital. Il s'agit de la description du meurtre par Dwyer, ce qui est au cœur de la preuve du ministère public.

Il ne peut y avoir de doute que le juge du procès a commis une erreur sur ce point. Il aurait été relativement simple de faire relire le contre-interrogatoire de Dwyer sur cette partie de son témoignage. De plus il aurait été simple de faire relire la description du meurtre donnée par Olbey ou, du moins, d'en redire au jury les éléments essentiels ou de les lui rappeler. Il faut donc se demander si cette erreur a causé un préjudice à l'appellant par une influence indue sur le verdict du jury, ayant pour résultat un tort important ou une erreur judiciaire grave.

Tout d'abord, le fait que l'appellant a commis le meurtre n'a jamais été contesté. La seule question qui s'est posée est celle de la nature du meurtre, c'est-à-dire l'appellant a-t-il tué en légitime défense ou, comme le juge du procès l'a plus tard soumis au jury, en réponse à la provocation? L'accent mis sur le témoignage de Dwyer qui l'identifiait simplement comme le meurtrier ne pouvait donc lui causer de tort. Sa description des événements excluait la légitime défense et était évidemment vitale pour la preuve du ministère public, mais je suis d'accord avec le juge Martin qu'en contre-interrogatoire son témoignage n'a pas été ébranlé.

many respects have merely been a reiteration of her description of the killing and I cannot think that this would have advanced the appellant's cause. Furthermore, the defence of self-defence had been fairly put to the jury by the trial judge. They had been warned that they should consider the whole case and that if the evidence of the appellant raised a doubt in their minds they should acquit. Considering the whole of the evidence, the nature of the killing, and all the surrounding circumstances, including the significant fact that the jury did not wish to hear further testimony—the question which had arisen in their minds having been apparently answered—it is my opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice resulted from the error of the trial judge in this respect.

For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed, LASKIN C.J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.

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

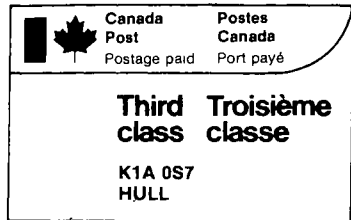
De plus, la relecture de son contre-interrogatoire, à maints égards, n'aurait été qu'une répétition de sa description du meurtre et je ne suis pas d'avis que cela aurait favorisé la cause de l'appellant. De plus, la défense de légitime défense avait été correctement soumise au jury par le juge du procès. Les jurés avaient été avertis qu'il leur fallait considérer toute la preuve et que si le témoignage de l'appellant soulevait un doute dans leur esprit, ils devaient l'acquitter. Compte tenu de l'ensemble de la preuve, de la nature du meurtre, et de toutes les circonstances en l'espèce, y compris le fait révélateur que les jurés ne souhaitaient pas entendre d'autres témoignages—ayant apparemment reçu la réponse à la question qui s'était soulevée dans leur esprit—je suis d'avis qu'aucun tort important ou erreur judiciaire n'a résulté de l'erreur du juge du procès à cet égard.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LASKIN étant dissident.

Procureurs de l'appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la province d'Ontario, Toronto.



**Third Troisième
class classe**

**K1A 0S7
HULL**

*If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Printing Office,
Supply and Services Canada,
45 Sacré-Coeur Boulevard,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S7*

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
Imprimerie du gouvernement canadien,
Approvisionnement et Services Canada,
45, boulevard Sacré-Coeur,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S7*

Published by/Publié par
BERNARD C. HOFLEY, Q.C./c.r.

The Registrar, Supreme Court of
Canada

Registraire de la Cour suprême du
Canada

MILLS SHIPLEY, B.A., LL.B., B.L.S.
Deputy Registrar/Registraire adjoint

Editors/Arrêstistes

JOHN J. YOUNG, B.L.

RÉJEAN PATRY, B.A., LL.L., LL.M.

Chief Revisor/Réviser en chef

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

Editorial Assistants/Adjoints à l'édition

MADO MAINVILLE-CÔTÉ
MARIELLE BEAULIEU

Changes of address for subscriptions to the
Supreme Court Reports should be referred to
Publishing Centre, Printing and Publishing,
Supply and Services Canada, Hull, Quebec,
Canada, K1A 0S9, together with the old
address.

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour
suprême du Canada doivent adresser tout
changement d'adresse au Centre d'édition,
Imprimerie et Édition, Approvisionnements et
Services Canada, Hull, Québec, Canada,
K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

Queen's Printer for Canada, Ottawa 1980.

Imprimeur de la Reine, pour le Canada,
Ottawa 1980.

CONTENTS

Consolidated-Bathurst Ltd. v. Mutual Boiler & Machinery Insurance Co. 888

Insurance – Interpretation of insurance con-
tracts – Definition of accident – Direct and
consequential damages.

Dominion Stores Ltd. v. The Queen 844

Constitutional law – Distribution of legisla-
tive authority – Marketing standards pre-
scribed at both provincial and federal levels –
Apples marketed under federal grade name –
Intraprovincial transaction – Validity/applic-
ability of legislation – Whether federal legis-
lation ultra vires – Canada Agricultural
Standards Act, R.S.C. 1970, c. A-8, ss. 3(1),
3(2)(a), 13(1) – The Farm Products Grades
and Sales Act, R.S.O. 1970, c. 161 – B.N.A.
Act, ss. 91(2), 92(13), (16), 95.

Goldman v. The Queen 976

Criminal law – Conspiracy to possess coun-
terfeit money – Evidence – Admissibility –
Conversations recorded by consent of one
party – Proof of consent – Consenter not a
witness – Criminal Code, ss. 178.1,
178.11(2)(a), 178.16(1) – Protection of
Privacy Act, 1973-74 (Can.), c. 50.

Evidence – Interception – Conversations
intercepted by consent – Direct conversation
– Telephone conversation – Admissibility –
Voluntariness of consent – Proof of consent
– Criminal Code, ss. 178.1, 178.11(2)(a),
178.16(1) – Protection of Privacy Act, 1973-
74 (Can.), c. 50.

Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada 914

Constitutional law – Food and Drugs Act –
Invalidity of provisions establishing standards
for beer – British North America Act, 1867,
ss. 91, 91(2), 91(27), 92(13) – Food and
Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, ss. 6, 25(1)
– Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870,
ss. B.02.130 to B.02.135.

Constitutional law – Food and Drugs Act –
Invalidity of provisions establishing standards
for beer – British North America Act, 1867,
ss. 91, 91(2), 91(27), 92(13) – Food and
Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, ss. 6, 25(1)
– Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870,
ss. B.02.130 to B.02.135.

Continued on inside back cover

SOMMAIRE

Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada 914

Aliments et drogues – Normes d'étiquetage –
Bière étiquetée «Special Lite» – Confusion
possible avec «Light Beer» – Loi des aliments
et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27, art. 6,
25(1) – Règlement sur les aliments et dro-
gues, C.R.C., chap. 870, art. B.02.130 à
B.02.135.

Droit constitutionnel – Loi des aliments et
drogues – Inconstitutionnalité des dispositions
fixant les normes de la bière – Acte de l'Amé-
rique du Nord britannique, 1867, art. 91,
91(2), 91(27), 92(13) – Loi des aliments et
drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27, art. 6,
25(1) – Règlement sur les aliments et dro-
gues, C.R.C., chap. 870, art. B.02.130 à
B.02.135.

Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler & Machinery Insurance Co. 888

Assurance – Interprétation des contrats d'as-
surance – Définition d'accident – Dommages
directs et indirects.

Goldman c. La Reine 976

Droit criminel – Complot pour possession de
monnaie contrefaite – Preuve – Admissibilité
– Conversations enregistrées du consentement
d'une partie – Preuve du consentement –
Celui qui consent n'est pas un témoin – Code
criminel, art. 178.1, 178.11(2)a), 178.16(1) –
Loi sur la protection de la vie privée, 1973-74
(Can.), chap. 50.

Preuve – Interception – Conversations inter-
ceptées de consentement – Conversation en
personne – Conversation téléphonique –
Admissibilité – Caractère volontaire du con-
sentement – Preuve du consentement – Code
criminel, art. 178.1, 178.11(2)a), 178.16(1) –
Loi sur la protection de la vie privée, 1973-74
(Can.), chap. 50.

Laforet c. La Reine 869

Droit criminel – Procès par jury – Lésions
corporelles avec intention de blesser – Posses-
sion d'une arme, un cric d'automobile –
Infraction incluse – Vérification du verdict –
Réponse d'un juré – Réponse ambiguë – La
façon de procéder du juge est-elle appropriée?
– Verdict unanime finalement rendu.

Suite à la page 3 de la couverture

CONTENTS (Concluded)**Laforet v. The Queen** 869

Criminal law – Jury trial – Bodily harm with intent to wound – Possession of a weapon, an automobile jack – Included offence – Poll of jury – Response of juror – Ambiguity of response – Whether proper course followed by judge – Unanimous verdict finally given.

Olbey v. The Queen 1008

Criminal law – Murder – Non-capital murder – Defences – Provocation not raised by defence – Duty of trial judge to instruct jury as to provocation – Failure of trial judge to instruct on influence of drugs or alcohol – Refusal by Court of Appeal of motion to adduce fresh evidence – Discretion of Court of Appeal – Criminal Code, ss. 215, 610, 613(1)(b)(iii).

Criminal law – Jury – Evidence – Readback to jury after commencement of deliberations – Error in permitting readback of direct examination only – Qualifying evidence not read back – Criminal Code, s. 613(1)(b)(iii).

Rosen v. The Queen 961

Criminal law – Conspiracy to defraud the public – Evidence – Unauthorized wiretap – Admissibility – Ex post facto consent – Criminal Code, ss. 178.11(2)(a), 178.16(1), 338(1), 423(1)(d).

Evidence – Wiretap – Unauthorized interception – Ex post facto consent – Criminal Code, ss. 178.11(2)(a), 178.16(1), 338(1), 423(1)(d).

Solosky v. The Queen 821

Prisons – Censorship of prisoners' mail – Right of prison inmates to communicate in confidence with their solicitors – Solicitor-client privilege – Inmate failing to establish entitlement to a declaration – Penitentiary Service Regulations, SOR/62-90 – Canadian Bill of Rights, 1960(Can.), c. 44, ss. 1(b), (d), 2(c)(ii).

United Steelworkers of America, Local 4589 et al. v. Bombardier – M.L.W. Ltée. 905

Labour law – Arbitration of a grievance – Interpretation of a collective agreement – Jurisdiction of the arbitrator – Natural justice.

SOMMAIRE (Fin)

Métallurgistes unis d'Amérique, local 4589 et autre c. Bombardier – M.L.W. Ltée. 905

Droit du travail – Arbitrage d'un grief – Interprétation de la convention collective – Compétence de l'arbitre – Justice naturelle.

Olbey c. La Reine 1008

Droit criminel – Meurtre – Meurtre non qualifié – Défenses – Provocation non soulevée par la défense – Obligation du juge du procès d'expliquer au jury la défense de provocation – Omission du juge du procès de donner des directives sur l'influence des drogues ou de l'alcool – Rejet par la Cour d'appel de la requête en production de nouveaux éléments de preuve – Pouvoir discrétionnaire de la Cour d'appel – Code criminel, art. 215, 610, 613(1)(b)(iii).

Droit criminel – Jury – Preuve – Relecture au jury après le début des délibérations – Erreur de permettre la relecture de l'interrogatoire principal seulement – Preuve mitigeante non relue – Code criminel, art. 613(1)(b)(iii).

Rosen c. La Reine 961

Droit criminel – Complot pour frustrer le public – Preuve – Ecoute électronique non autorisée – Admissibilité – Consentement ex post facto – Code criminel, art. 178.11(2)(a), 178.16(1), 338(1), 423(1)(d).

Preuve – Ecoute électronique – Interception non autorisée – Consentement ex post facto – Code criminel, art. 178.11(2)(a), 178.16(1), 338(1), 423(1)(d).

Solosky c. La Reine 821

Prisons – Censure du courrier des prisonniers – Droit des détenus de communiquer en confiance avec leurs avocats – Privilège entre avocat et client – Détenu ne réussissant pas à établir son droit à un jugement déclaratoire – Règlement sur le service des pénitenciers, DORS/62-90 – Déclaration canadienne des droits, 1960 (Can.), chap. 44, art. 1b), d), 2c)(ii).

Supermarchés Dominion Ltée. c. La Reine 844

Droit constitutionnel – Répartition du pouvoir législatif – Normes de commercialisation prescrites à la fois au niveau provincial et fédéral – Pommes commercialisées sous un nom de qualité fédéral – Opération intra-provinciale – Validité/applicabilité de la loi – S'agit-il d'une loi fédérale constitutionnelle? – Loi sur les normes des produits agricoles du Canada, S.R.C. 1970, chap. A-8, art. 3(1), 3(2)a), 13(1) – The Farm Products Grades and Sales Act, R.S.O. 1970, chap. 161 – A.A.N.B., art. 91(2), 92(13), (16), 95.



Canada **Recueil des arrêts**
Supreme Court **de la Cour Suprême**
Reports **du Canada**

Part 6, 1980 Vol. 1

and

Tables

6^e cahier, 1980 Vol. 1

et

Tables

Cited as [1980] 1 S.C.R. { i-xxxix
1031-1239

Renvoi [1980] 1 R.C.S. { i-xxxix
1031-1239

NOTICE TO THE PROFESSION

The Supreme Court has had occasion recently to dismiss appeals, in both civil and criminal cases, as abandoned pursuant to s. 76 of the *Supreme Court Act* and Rule 59 in respect of civil appeals and pursuant to s. 623(2) of the *Criminal Code* in respect of criminal appeals.

Counsel are advised that where, pursuant to the foregoing provisions, there is default that may result in the dismissal of an appeal or in it being deemed abandoned they should act expeditiously to avoid such a result by offering satisfactory explanations for the delay through affidavit evidence or by seeking orders to proceed on like evidence. It is preferable that such action, if indicated by the facts, should be taken before the cases affected come on formally for hearing.

AVIS AUX AVOCATS

La Cour suprême a récemment eu l'occasion de rejeter des pourvois pour abandon dans des affaires civiles et criminelles, conformément à l'article 76 de la *Loi sur la Cour suprême* et à la règle 59 en matière civile, et au paragraphe 623(2) du *Code criminel* en matière criminelle.

Les avocats sont avisés que lorsque, conformément aux dispositions susmentionnées, le défaut peut entraîner le rejet d'un pourvoi ou la présomption d'abandon, ils devront agir promptement pour éviter ce résultat et expliquer de façon satisfaisante le retard en produisant un affidavit ou en obtenant une ordonnance pour pouvoir procéder sur une preuve semblable. Il est préférable que la mesure appropriée dans les circonstances soit prise avant que les affaires visées ne viennent à l'audition.

Bernard E. Hafley

Registrar — Registraire

October 29, 1980

le 29 octobre 1980



1980 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.

JOHN J. YOUNG, B.L.

RÉJEAN PATRY, B.A., LL.L., LL.M.

Arrêtistes

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

JOHN J. YOUNG, B.L.

RÉJEAN PATRY, B.A., LL.L., LL.M.

Published pursuant to the Statute by

BERNARD C. HOFLEY, Q.C.

Registrar of the Court

Publié conformément à la Loi par

BERNARD C. HOFLEY, c.r.

Registraire de la Cour

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

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

The Honourable RONALD MARTLAND.

The Honourable ROLAND A. RITCHIE.

The Honourable LOUIS-PHILIPPE PIGEON.

The Honourable ROBERT GEORGE BRIAN DICKSON.

The Honourable JEAN BEETZ.

The Honourable WILLARD ZEBEDEE ESTEY.

The Honourable WILLIAM ROGERS MCINTYRE.

The Honourable JULIEN CHOUINARD.

The Honourable ANTONIO LAMER.

ATTORNEYS GENERAL OF CANADA

The Honourable JACQUES FLYNN, Q.C.

The Honourable JEAN CHRÉTIEN.

SOLICITORS GENERAL OF CANADA

The Honourable ALLAN LAWRENCE, Q.C.

The Honourable ROBERT KAPLAN.

MEMORANDA

On the 8th day of February, 1980, the Honourable LOUIS-PHILIPPE PIGEON, Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, upon attaining the age of seventy-five years, retired from the Bench, pursuant to s. 9(2) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19.

On the 28th day of March, 1980, the Honourable ANTONIO LAMER, a member of the Court of Appeal of Quebec, was appointed a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

On the 14th day of September, 1980, the Right Honourable GÉRALD FAUTEUX, P.C., a former Chief Justice of Canada, died.

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

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

L'honorable RONALD MARTLAND.

L'honorable ROLAND A. RITCHIE.

L'honorable LOUIS-PHILIPPE PIGEON.

L'honorable ROBERT GEORGE BRIAN DICKSON.

L'honorable JEAN BEETZ.

L'honorable WILLARD ZEBEDEE ESTEY.

L'honorable WILLIAM ROGERS MCINTYRE.

L'honorable JULIEN CHOUINARD.

L'honorable ANTONIO LAMER.

PROCUREURS GÉNÉRAUX DU CANADA

L'honorable JACQUES FLYNN, c.r.

L'honorable JEAN CHRÉTIEN.

SOLLICITEURS GÉNÉRAUX DU CANADA

L'honorable ALLAN LAWRENCE, c.r.

L'honorable ROBERT KAPLAN.

MEMORANDA

Le 8 février 1980, l'honorable LOUIS-PHILIPPE PIGEON, juge puîné de la Cour suprême du Canada, ayant atteint l'âge de soixante-quinze ans, a pris sa retraite, conformément au par. 9(2) de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19.

Le 28 mars 1980, l'honorable ANTONIO LAMER, juge de la Cour d'appel du Québec, a été nommé juge puîné de la Cour suprême du Canada.

Le 14 septembre 1980, le très honorable GÉRALD FAUTEUX, C.P., ancien Juge en chef du Canada, est décédé.

ERRATA

- [1978] 2 S.C.R., p. 454, l. 29 of the English version. Read “causal” instead of “casual”. [1978] 2 R.C.S., p. 454, l. 29 de la version anglaise. Lire «causal» au lieu de «casual».
- [1979] 2 S.C.R., p. 962, l. 1 of the English version. Read “laid” instead of “layed”. [1979] 2 R.C.S., p. 962, l. 1 de la version anglaise. Lire «laid» au lieu de «layed».
- [1980] 1 S.C.R., p. 6, l. 6 of the English version. Read “competing” instead of “completing”. [1980] 1 R.C.S., p. 6, l. 6 de la version anglaise. Lire «competing» au lieu de «completing».
- [1980] 1 S.C.R., p. 80, l. 4. Read “1979” instead of “1977”. [1980] 1 R.C.S., p. 80, l. 4. Lire «1979» au lieu de «1977».
- [1980] 1 S.C.R., p. 433. Insert, following l. 20 of the English version, ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN. [1980] 1 R.C.S., p. 433. Ajouter, après la l. 21 de la version française, EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA SASKATCHEWAN.
- [1980] 1 S.C.R., p. 437, l. 23 of the English version. Read [1947] A.C. 33. [1980] 1 R.C.S., p. 437, l. 23 de la version française. Lire [1947] A.C. 33.
- [1980] 1 S.C.R., p. 440, footnote 2, and p. 450, footnote 14. Read [1947] A.C. 33. [1980] 1 R.C.S., p. 440, renvoi 2, et p. 450, renvoi 14. Lire [1947] A.C. 33.

MOTIONS—REQUÊTES

- Administration de la voie maritime du Saint-Laurent et autres v. Conseil canadien des relations du travail et autre* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 18.2.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Agricultural Publishing Co. Ltd. et al. v. McCain Foods Ltd.* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 22.1.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Alberta (M.B.L.) Contractors Ltd. v. The Queen* (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 3.3.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Alberta Gas Trunk Line Co. Ltd. v. Amoco Canada Petroleum Co. Ltd., Canadian Superior Oil Ltd. et al.* (Alta.), leave to appeal granted, 17.3.80, autorisation d'appeler accordée.
- Alberta Gas Trunk Line Co. Ltd. v. Amoco Canada Petroleum Co. Ltd., BP Exploration Co. Ltd. et al.* (Alta.), leave to appeal granted, 17.3.80, autorisation d'appeler accordée.
- Allan v. Hrabinsky* (Sask.), leave to appeal refused, 22.1.80, autorisation d'appeler refusée.
- Allison et al. v. The Queen* (Ont.), leave to appeal refused, 16.6.80, autorisation d'appeler refusée.
- Aluma Building Systems Inc. et al. v. Canadian Patent Scaffolding Co. Ltd.* (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 5.5.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Amato v. The Queen* (B.C.), leave to appeal granted, 20.5.80, autorisation d'appeler accordée.
- Andonakakis v. The Queen* (Ont.), notice of discontinuance filed, 16.4.80, avis de désistement produit.
- Athabaska Tribal Council v. Amoco Canada Petroleum Co. Ltd. et al.* (Alta.), leave to appeal granted, 18.7.80, autorisation d'appeler accordée.
- Attorney General (Alta.) et al. v. Putnam et al.* (Alta.), leave to appeal granted, 16.6.80, autorisation d'appeler accordée.
- Attorney General (Man.) v. Armadale Communications Ltd. et al.* (Man.), leave to appeal refused, 4.2.80, autorisation d'appeler refusée.
- Attorney General (N.S.) et al. v. MacIntyre* (N.S.), leave to appeal granted, 22.4.80, autorisation d'appeler accordée.
- Baird v. Bank of Montreal* (Nfld.), leave to appeal refused with costs, 7.2.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Barton v. Agincourt Football Enterprises Ltd.* (Ont.), leave to appeal granted, 27.6.80, autorisation d'appeler accordée.
- Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et al. v. Cutter Ltd.* (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 22.4.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Beaufort Realties (1964) Inc. v. Shill-Brand Inc. et al.* (Ont.), notice of discontinuance filed, 15.2.80, avis de désistement produit.
- Bee Chemical Co. v. Plastic Paint & Finish Specialties Ltd. et al.* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 20.5.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Bélanger et autre v. Procureur général du Québec et autres* (Qué.), leave to appeal refused, 27.6.80, autorisation d'appeler refusée.
- Bergeron v. The Queen* (Ont.), leave to appeal refused, 4.2.80, autorisation d'appeler refusée.
- Board of Governors of the Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria* (Ont.), leave to appeal granted, 18.2.80, autorisation d'appeler accordée.
- Borger Industries Ltd. v. Tkachuk* (Man.), leave to appeal refused, 16.6.80, autorisation d'appeler refusée.

- Boss et al. v. Corporation of Saanich et al.* (B.C.), leave to appeal refused with costs, 22.1.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Bullion v. The Queen et al.* (F.C.A.), leave to appeal granted, 22.1.80, autorisation d'appeler accordée.
- Buss et al. v. Chudley et al.* (Man.), leave to appeal refused with costs, 18.2.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- By Work Developments Ltd. v. National Capital Commission* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 16.6.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Canada Safeway Ltd. v. Retail Store Employees Union, Local 832, et al.* (Man.), leave to appeal refused with costs, 18.2.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Canadian Airline Employees' Association v. Eastern Provincial Airways (1973) Ltd. et al.* (F.C.A.), leave to appeal granted, 20.5.80, autorisation d'appeler accordée.
- Canadian Javelin Ltd. v. Sparling* (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 17.3.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Canadian Patent Scaffolding Co. Ltd. v. Delzotto Enterprises Ltd. et al.* (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 20.5.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Cardinal et al. v. The Queen* (F.C.A.), leave to appeal granted, 22.4.80, autorisation d'appeler accordée.
- Central Computer Services Ltd. et al. v. Toronto Dominion Bank* (Man.), leave to appeal granted, 22.4.80, autorisation d'appeler accordée.
- Centre Hospitalier Sacré-Cœur de Hull v. Sotramont Inc.* (Qué.), leave to appeal granted on the following question:
Are sections 4 and 5 of the *Interest Act*, R.S.C. 1970, c. I-18, applicable to the building contract at issue in this case?
6.5.80, pourvoi autorisé sur la question suivante:
Les articles 4 et 5 de la *Loi sur l'intérêt*, S.R.C. 1970, chap. I-18, sont-ils applicables au contrat d'entreprise qui fait l'objet du litige?
- Charette v. La Reine* (Qué.), leave to appeal refused, 22.4.80, autorisation d'appeler refusée.
- Charron Excavation Inc. v. Ville de Blainville* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 22.1.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Chase v. The Queen* (Ont.), leave to appeal refused, 17.6.80, autorisation d'appeler refusée.
- Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. v. Commission Hydro-Electrique de Québec* (Qué.), leave to appeal granted, 2.6.80, autorisation d'appeler accordée.
- Colborne v. Northey* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 22.1.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Comeau et al. v. Attorney General of Canada* (N.B.), leave to appeal refused with costs, 17.3.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Comité régional des usagers des transports en commun de Québec v. Commission des transports de la Communauté urbaine de Québec* (Qué.), leave to appeal granted, 3.3.80, autorisation d'appeler accordée.
- Comptables agréés (Ordre des) du Québec v. Goulet* (Qué.), leave to appeal granted, 3.3.80, autorisation d'appeler accordée.
- Construction Labour Relations Association of British Columbia v. Administrator under the Anti-Inflation Act et al.* (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 20.5.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Construction Labour Relations Association of British Columbia et al. v. Attorney General of Canada* (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 20.5.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Continental Insurance Co. v. Dalton Cartage Co. Ltd. et al.* (Ont.), application and cross-application for leave to appeal granted, 17.6.80, requête et contre-requête pour permission d'appeler accordées.
- Cornish-Hardy (Dawn) v. Board of Referees constituted under section 91 of the Unemployment Act, 1971* (F.C.A.), leave to appeal granted, 18.2.80, autorisation d'appeler accordée.

- Corpex (1977) Inc. v. La Reine* (Qué.), leave to appeal granted, 27.3.80, autorisation d'appeler accordée.
- Corporation municipale de St-Romuald d'Etchemin v. Golden Eagle Canada Ltd.* (Qué.), leave to appeal refused with cost, 2.6.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Coté v. Conseil d'administration de la corporation de l'Hôtel-Dieu de St-Jérôme et autres* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 3.6.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Crook v. The Queen* (Sask.), leave to appeal refused, 17.3.80, autorisation d'appeler refusée.
- Crown Assets Disposal Corporation v. Conseil canadien des relations du travail et autre* (Qué.), leave to appeal granted, 18.3.80, autorisation d'appeler accordée.
- Cwinn v. Law Society of Upper Canada* (Ont.), leave to appeal dismissed; motion to quash granted with costs in the motion to quash only, 16.6.80, autorisation d'appeler refusée; requête en annulation accordée avec dépens de la requête en annulation seulement.
- Danchak v. Kaban et al.* (Sask.), leave to appeal refused with costs, 2.6.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Davis v. Fafard* (Sask.), leave to appeal refused, 3.3.80, autorisation d'appeler refusée.
- Deep v. College of Physicians and Surgeons of Ontario et al.* (Ont.), leave to appeal refused, 6.5.80, autorisation d'appeler refusée.
- Desaulniers v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.* (Qué.), leave to appeal granted, 20.5.80, autorisation d'appeler accordée.
- Descoteaux et autre v. Mierzwinski et autres* (Qué.), leave to appeal granted, 27.6.80, autorisation d'appeler accordée.
- Deshpande v. Longlotz* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 16.6.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Desjarlais et autre v. Publications Quebecor Inc.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 18.2.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Di Cenzo Construction Co. Ltd. v. Glassco et al.* (Ont.), notice of discontinuance filed, 7.2.80, avis de désistement produit.
- Dometic Sales Eastern Ltd. v. Itel Corporation et al.* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 3.3.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Downey et al. v. Pioneer Machinery (Rentals) Ltd. et al.* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 22.1.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Drschiwiski et al. v. Goodfellow* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 22.1.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Dubé v. Pelletier* (Qué.), leave to appeal refused, 22.4.80, autorisation d'appeler refusée.
- Durham Regional Police Association v. Durham Regional Board of Commissioners of Police* (Ont.), leave to appeal granted, 27.6.80, autorisation d'appeler accordée.
- Emsley v. The Queen* (Alta.), leave to appeal refused, 2.6.80, autorisation d'appeler refusée.
- Entreprises Roger Pilon Inc. v. Atlantic Real Estate Co.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 20.5.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Extendicare Ltd. v. Corporation of the Borough of North York et al.* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 4.2.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Facit-Addo Canada Ltd. et al. v. Itel Field Service Corp. et al.* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 20.5.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Feener v. The Queen* (N.S.), leave to appeal refused, 3.6.80, autorisation d'appeler refusée.
- Finkelstein v. Centre communautaire juridique de Montréal et autre* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 29.1.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

- Ford v. Keller* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 2.6.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Ford v. The Queen* (P.E.I.), leave to appeal granted, 18.3.80, autorisation d'appeler accordée.
- Foshay v. The Queen* (Ont.), leave to appeal refused, 17.3.80, autorisation d'appeler refusée.
- Fraser v. The Queen* (Ont.), leave to appeal refused, 17.3.80, autorisation d'appeler refusée.
- Frith v. The Queen* (Ont.), leave to appeal refused, 17.6.80, autorisation d'appeler refusée.
- Fulton et al. v. Energy Resources Conservation Board et al.* (Alta.), leave to appeal granted with respect to the point dealing with s. 92(10)(a) of the *B.N.A. Act*, 22.4.80, autorisation d'appeler accordée à l'égard de la question relative à l'al. 92(10a) de l'*A.A.N.B.*
- Furey v. The Queen* (Nfld.), leave to appeal refused, 2.6.80, autorisation d'appeler refusée.
- Galeone v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.), leave to appeal refused, 20.5.80, autorisation d'appeler refusée.
- Gautron v. The Queen* (B.C.), leave to appeal granted, 16.6.80, autorisation d'appeler accordée.
- Granger v. Compagnie d'assurance Canadienne Mercantile* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 27.6.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Gulf Oil Corporation v. Gulf Canada Ltd. et al.* (Ont.), application to enforce letters rogatory dismissed, 18.3.80, demande de mise à exécution de commissions rogatoires refusée.
- Halpenny (Estate of the Honourable George E.) v. Trustee in bankruptcy of Context Systems Inc.* (Ont.), leave to appeal granted, 29.1.80, autorisation d'appeler accordée.
- Hamilton v. La Reine* (Qué.), leave to appeal refused, 27.6.80, autorisation d'appeler refusée.
- Hanoum v. The Queen* (B.C.), leave to appeal refused, 20.5.80, autorisation d'appeler refusée.
- Hawrish v. L.Y.K. Management Ltd. et al.* (Sask.), leave to appeal granted, 17.6.80, autorisation d'appeler accordée.
- Herman et al. v. Deputy Attorney General of Canada* (Ont.), leave to appeal granted, 22.1.80, autorisation d'appeler accordée.
- Hooper (S.) Ltd. v. Cité de Sherbrooke* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 22.4.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Hotel and Restaurant Employees and Bartenders International Union, Local 47 v. Board of Industrial Relations et al.* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 22.4.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Hughes v. Botsford et al.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 20.5.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Hydro Electric Commission of Nepean v. Ontario Hydro* (Ont.), leave to appeal granted, 22.4.80, autorisation d'appeler accordée.
- Impregilo & Spino Liée v. Renalluci et al.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 18.2.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Inter-Ex Inc. v. Procureur général du Québec* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 2.6.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Irrsack v. Irrsack* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 18.2.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Irving Oil Co. Ltd. et al. v. Attorney General of Nova Scotia* (N.S.), leave to appeal refused with costs, 22.1.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Isabelle et al. v. Ontario Public Service Employees Union* (Ont.), leave to appeal granted, 27.6.80, autorisation d'appeler accordée.
- Jacobs et al. v. Agricultural Stabilization Board* (F.C.A.), leave to appeal granted, 17.6.80, autorisation d'appeler accordée.

- Jaramillo v. Gray Coach Lines Ltd. et al.* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 16.6.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Jeunes Canadiens pour une civilisation chrétienne et autres v. Fondation du Théâtre du Nouveau Monde et autres* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 7.2.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Jones (F.H.) Tobacco Sales Co. Ltd. v. Benson & Hedges (Canada) Ltd.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 3.3.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Kanatewat et al. v. Société de développement de la Baie James et al.* (Qué.), notice of discontinuance filed, 28.1.80, avis de désistement produit.
- Karanikas v. Olympia Holdings Co. Ltd. et al.* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 2.6.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Kellett v. The Queen* (Man.), leave to appeal refused, 5.5.80, autorisation d'appeler refusée.
- Kerner v. The Queen* (Alta.), leave to appeal refused, 2.6.80, autorisation d'appeler refusée.
- Klassen v. The Queen* (Sask.), leave to appeal refused, 18.2.80, autorisation d'appeler refusée.
- Kleena Kleene Gold Mines Ltd. v. Stevenson et al.* (B.C.), leave to appeal refused with costs, 4.2.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Korponay v. Attorney General of Canada* (Qué.), leave to appeal granted, 21.5.80, autorisation d'appeler accordée.
- K.R. Ranches (1970) Ltd. v. Eyben* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 22.4.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Kranjc v. The Queen* (Ont.), leave to appeal refused, 16.6.80, autorisation d'appeler refusée.
- Krasny v. The Queen* (Ont.), leave to appeal refused, 16.6.80, autorisation d'appeler refusée.
- Lancôt v. La Reine* (Qué.), leave to appeal refused, 4.2.80, autorisation d'appeler refusée.
- Lee v. Attorney General of Canada* (F.C.A.), leave to appeal granted, 22.4.80, autorisation d'appeler accordée.
- Lefebvre et autres v. Institut professionnel de la Fonction publique du Canada et autres* (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 6.5.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Lightfoot v. The Queen* (Ont.), leave to appeal granted, 20.5.80, autorisation d'appeler accordée.
- Lister Ltd. et al. v. Dunlop Canada Ltd.* (Ont.), leave to appeal granted, 27.3.80, autorisation d'appeler accordée.
- Logan v. The Queen* (Man.), leave to appeal refused, 27.6.80, autorisation d'appeler refusée.
- Mahoney v. The Queen* (Ont.), leave to appeal granted, 17.3.80, autorisation d'appeler accordée.
- Manson et al. v. Manson* (Sask.), leave to appeal refused with costs, 18.2.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Marquis et autres v. Ville de Laval* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 22.1.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Martin v. The Queen* (N.S.), leave to appeal refused, 17.6.80, autorisation d'appeler refusée.
- Massicotte et autres v. Betz Laboratoires Ltd./Ltée* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 5.5.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Mavrikakis v. La Reine* (Qué.), leave to appeal refused, 17.6.80, autorisation d'appeler refusée.
- Mazur et al. v. Mazur et al.* (Man.), leave to appeal refused with costs, 5.5.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Mial Developments Ltd. et al. v. Owen Sound Public Library Board* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 22.1.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Michaud et Simard Inc. v. Great American Insurance Co.* (Qué.), notice of discontinuance filed, 8.2.80, avis de désistement produit.

- Middleton v. Middleton* (Sask.), leave to appeal refused with costs, 16.6.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Mirabel (Ville de) v. Carrières T.R.P. Ltée* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 27.3.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Model Power v. The Queen* (Ont.), leave to appeal refused 18.3.80, autorisation d'appeler refusée.
- Mongeon v. Mongeon et autre* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 3.3.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Montréal (Ville de) v. BP Oil Ltd.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 29.1.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Montréal (Ville de) v. Civic Parking Center Ltd. et autre* (Qué.), leave to appeal granted, 27.3.80, autorisation d'appeler accordée.
- Montréal-Nord (Cité de) v. Zeller's Ltée* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 17.6.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Moore v. Lundrigan et al.* (Nfld.), leave to appeal granted, 27.3.80, autorisation d'appeler accordée.
- Moore v. The Queen* (N.S.), leave to appeal refused, 16.6.80, autorisation d'appeler refusée.
- Motor Transport Board of Manitoba v. Purolator Courier Ltd.* (Man.), leave to appeal granted, 20.5.80, autorisation d'appeler accordée.
- Munoz v. Immigration Appeal Board et al.* (F.C.A.), leave to appeal refused, 20.5.80, autorisation d'appeler refusée.
- Munro et al. v. Gibb* (B.C.), leave to appeal granted, 22.1.80, autorisation d'appeler accordée.
- MacLeod v. Canada Trust Co.* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 3.3.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- McKenna v. The Queen* (P.E.I.), notice of discontinuance filed, 23.1.80, avis de désistement produit.
- Nadeau (Wilfrid) Inc. v. La Reine* (Qué.), leave to appeal granted for the purposes only of reviewing the refusal of the Federal Court to order the production of documents pertaining to the case covered by an affidavit of the Honourable Jean-Pierre Goyer made pursuant to s. 41(2) of the *Federal Court Act*, of pronouncing on the validity and effect of this affidavit and of deciding whether on the evidence in the case, including such additional evidence as may be received if need be, a new trial should be ordered. Costs of the application to be costs in the appeal, 29.1.80, pourvoi autorisé aux seules fins de considérer le bien-fondé du refus de la Cour fédérale d'ordonner la production des documents relatifs à l'affaire visés par l'affidavit de l'honorable Jean-Pierre Goyer rédigé en vertu du par. 41(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, de statuer sur la validité et l'efficacité de cet affidavit et de décider si en regard du dossier et de la preuve additionnelle qui pourra être autorisée le cas échéant, il y a lieu d'ordonner un nouveau procès. Les dépens de la requête suivront le sort du pourvoi.
- Nadreau v. The Queen* (Ont.), leave to appeal refused, 27.6.80, autorisation d'appeler refusée.
- Nault v. Canadian Consumer Co. Ltd.* (Qué.), leave to appeal granted, 6.5.80, autorisation d'appeler accordée.
- Nordick v. Humboldt Flour Mills Co. Ltd.* (Sask.), leave to appeal refused with costs, 4.2.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Olsiak Jr. v. Olsiak* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 3.3.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Oxford Pendaflex Canada Ltd. v. Korr Marketing Ltd. et al.* (Ont.), leave to appeal granted, 5.5.80, autorisation d'appeler accordée.
- Oznaga v. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec* (Qué.), leave to appeal granted, 18.3.80, autorisation d'appeler accordée.
- Palmer et al. v. The Queen et al.* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 7.2.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

- Paquette et autre v. Galipeau et autre* (Qué.), application for leave to appeal granted without costs. Even assuming that the Court has jurisdiction, the oral application made during argument for interim visiting rights in favour of the applicants is dismissed without costs, 27.6.80, requête pour autorisation d'interjeter appel accordée sans frais. Même en prenant pour acquis que la Cour a juridiction, la requête verbale faite au cours de la plaidoirie relative à des droits intérimaires de visite en faveur des requérants est rejetée sans frais.
- Parrot v. The Queen* (Ont.), leave to appeal refused, 29.1.80, autorisation d'appeler refusée.
- Parsons v. The Queen* (N.S.), leave to appeal refused, 4.2.80, autorisation d'appeler refusée.
- Paul Moore Co. Ltd. v. Commissioner of Patents* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 18.3.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Pearson v. The Queen* (Qué.), leave to appeal refused, 3.6.80, autorisation d'appeler refusée.
- Pelletier et autre v. Commission d'assurance-chômage* (F.C.A.), leave to appeal refused, 22.1.80, autorisation d'appeler refusée.
- Peter Pan Drive-In Ltd. v. Flambro Realty Ltd.* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 27.3.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Petrofina Canada Ltd. v. Chairman, Restrictive Trade Practices Commission et al.* (F.C.A.), leave to appeal granted, 3.3.80, autorisation d'appeler accordée.
- Phillips et al. v. Del Corporation Ltd.* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 27.3.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Prévost v. The Queen* (Qué.), leave to appeal refused, 22.1.80, autorisation d'appeler refusée.
- Public Service Alliance of Canada v. The Queen* (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 22.4.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Quinn (T.E.) Truck Lines Ltd. v. Honourable James Snow, Minister of Transportation and Communications for Ontario* (Ont.), leave to appeal granted, 27.6.80, autorisation d'appeler accordée.
- R. in right of Canada v. Bank of Montreal et al.* (Alta.), leave to appeal granted, 16.6.80, autorisation d'appeler accordée.
- R. in right of Canada v. Provincial Treasurer of Alberta et al.* (Alta.), leave to appeal granted, 16.6.80, autorisation d'appeler accordée.
- R. in right of Newfoundland v. Commission Hydro-Electrique de Québec* (Qué.), leave to appeal granted, 2.6.80, autorisation d'appeler accordée.
- R. v. Cheetham* (Ont.), leave to appeal refused, 27.6.80, autorisation d'appeler refusée.
- R. v. Farmparts Distributing Ltd.* (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 22.4.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- R. v. Fox* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 4.2.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Richards v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.), notice of discontinuance filed, 22.4.80, avis de désistement produit.
- Reiss et al. v. City of Dartmouth* (N.S.), leave to appeal refused with costs, 18.3.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Robitaille, es qualité, v. Beaulé Automobiles Inc.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 27.6.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Roccaro et al. v. The Queen* (Ont.), leave to appeal refused, 20.5.80, autorisation d'appeler refusée.
- Roo v. The Queen* (Alta.), leave to appeal refused, 16.6.80, autorisation d'appeler refusée.
- Ross v. The Queen* (Man.), leave to appeal refused, 4.2.80, autorisation d'appeler refusée.

- Royal Trust Co. v. Tucker* (Qué.), leave to appeal granted, 18.2.80, autorisation d'appeler accordée.
- Runnymede Development Corporation v. Minister of Housing for Ontario* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 22.1.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- St-Léonard (Cité de) v. Century Construction Ltd.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 4.2.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- St-Onge v. Commission scolaire régionale Honoré-Mercier et al.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 27.6.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Sacobie et al. v. The Queen* (N.B.), leave to appeal granted, 27.3.80, autorisation d'appeler accordée.
- Samson et autres v. Ouvriers unis des textiles d'Amérique* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 16.6.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Saskatchewan Government Employees' Association et al. v. Jowsey et al.* (Sask.), leave to appeal refused with costs, 5.5.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Security Mutual Casualty Co. v. Cunningham* (N.B.), leave to appeal refused with costs, 18.3.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Sharpe v. The Queen* (Ont.), leave to appeal refused, 3.6.80, autorisation d'appeler refusée.
- Sikora v. Sikora* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 22.4.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Slesar et al. v. Shaver Hospital for Chest Diseases* (Ont.), application for leave to appeal adjourned with leave to either of the parties to bring it forward again after the judgment of this Court in *R. v. Dr. H. Hoyle Campbell*, 27.3.80, audition de la requête pour autorisation d'appeler ajournée et les parties sont autorisées à la présenter de nouveau après que cette Cour aura rendu jugement dans *R. c. Dr. H. Hoyle Campbell*.
- Smith (George) Trucking Ltd. v. Workers' Compensation Board* (Sask.), leave to appeal refused with costs, 18.2.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Société d'Electrolyse et de Chimie Alcan, Ltée v. Syndicat des Policiers de l'Aluminum de la Mauricie* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 4.2.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Sorensen et al. v. Kaye Holdings Ltd. et al.* (B.C.), leave to appeal refused with costs, 22.1.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Sovereign Seat Cover Mfg. Ltd. et al. v. The Queen* (F.C.A.), leave to appeal granted, 5.5.80, autorisation d'appeler accordée.
- Sparrow v. Doyle* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 3.3.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Stewart v. The Queen* (Alta.), leave to appeal refused, 20.5.80, autorisation d'appeler refusée.
- Stamp et al. v. Harich* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 17.3.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Stermer v. Lawson* (B.C.), leave to appeal refused with costs, 22.4.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Stevenson v. The Queen* (N.B.), leave to appeal granted, 27.3.80, autorisation d'appeler accordée.
- Szabo v. The Queen* (Ont.), leave to appeal refused, 4.2.80, autorisation d'appeler refusée.
- Trust Royal (Compagnie) v. Pouliot* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 6.5.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Tanner v. Morys* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 16.6.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Texaco Canada Ltd. v. Corporation of Vanier* (Ont.), leave to appeal granted, 7.2.80, autorisation d'appeler accordée.
- Thatcher (Colin) v. Thatcher* (Sask.), leave to appeal refused with costs, 5.5.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Thatcher (Gregory Ross) v. Thatcher* (Sask.), leave to appeal refused with costs, 5.5.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

- Toronto (Corporation of the City of) v. San Joaquin Investments Ltd. et al.* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 3.3.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Triad Financial Services v. Thaler Metal Industries Ltd. et al.* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 22.4.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Triwin Establishment v. United Development (1966) Corp. et al.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 22.4.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Tucker et al. v. The Queen* (Ont.), leave to appeal refused, 22.1.80, autorisation d'appeler refusée.
- United Rubber, Cork, Linoleum and Plastic Workers of America et al. v. Michelin Tires (Canada) Ltd.* (N.S.), leave to appeal refused with costs, 22.1.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Vrany v. The Queen* (Ont.), leave to appeal refused, 6.5.80, autorisation d'appeler refusée.
- Walsh-Canadian Construction Co. Ltd. v. Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd.* (Nfld.), leave to appeal refused with costs, 7.2.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Warner et al. v. Kiniak et al.* (B.C.), leave to appeal refused with costs, 2.6.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Wascana Winter Club v. Decorby* (Sask.), leave to appeal granted on the following conditions:
1) cost of the appeal to be paid to the respondent on a solicitor/client basis in any event; 2) the applicant shall pay forthwith a) all the pecuniary losses and one-half of the non-pecuniary losses; b) costs in this application.
- 2.6.80, autorisation d'appeler accordée aux conditions suivantes:
1) les dépens du pourvoi seront payés à l'intimée comme entre avocat et client quelle que soit l'issue de la cause; 2) la requérante paiera immédiatement a) toutes les pertes pécuniaires et la moitié des pertes non pécuniaires; b) les dépens de cette requête.
- Wheeler v. The Queen* (Alta.), leave to appeal refused, 22.4.80, autorisation d'appeler refusée.
- Wilkes v. The Queen* (Ont.), leave to appeal refused, 17.3.80, autorisation d'appeler refusée.
- Williams v. Hillier et al.* (Man.), leave to appeal granted, 22.1.80, autorisation d'appeler accordée.
- Woelk et al. v. Halvorson* (Alta.), leave to appeal granted, 22.1.80, autorisation d'appeler accordée.
- Yellow Cab Ltd. v. Board of Industrial Relations et al.* (Alta.), leave to appeal granted, 22.1.80, autorisation d'appeler accordée.
- Zaduk v. The Queen* (Ont.), leave to appeal granted, 22.4.80, autorisation d'appeler accordée.
- Zuliani v. The Queen* (Qué.), leave to appeal refused, 16.6.80, autorisation d'appeler refusée.

TABLE OF JUDGMENTS

| | PAGE | | PAGE |
|--|------|--|------|
| A | | | |
| Adegbola v. Rivard <i>et al.</i> | 758 | City of Montreal <i>et al.</i> , Fraternité des Policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. v. | 740 |
| Ali, R. v. | 221 | Clark <i>et al.</i> v. Royal Bank of Canada | 177 |
| Antares Shipping Corporation v. The Ship "Capricorn" <i>et al.</i> | 553 | Commercial Photo Service Inc., Lafrance <i>et al.</i> v. Communications Workers of Canada, Northern Telecom Ltd. v. | 536 |
| Attorney General of Canada, Household Realty Corporation Ltd. <i>et al.</i> v. | 423 | Compo Company Ltd. v. Blue Crest Music Inc. <i>et al.</i> | 115 |
| Attorney General of Canada, Labatt Breweries of Canada Ltd. v. | 594 | Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co. | 357 |
| Attorney General of Canada, Labatt Breweries of Canada Ltd. v. | 914 | Cooper v. The Queen | 888 |
| Authority of Parliament in relation to the Upper House, Re: | 54 | Cornish-Hardy v. Board of Referees | 1149 |
| B | | | |
| Barnier, R. v. | 1124 | Corporation of Goulbourn <i>et al.</i> v. Regional Municipality of Ottawa-Carleton | 1218 |
| Bernard v. The Queen | 593 | Crest Warehousing Co. Ltd., Evans Products Co. Ltd. v. | 496 |
| Blue Crest Music Inc. <i>et al.</i> , Compo Company Ltd. v. | 357 | Crosthwait, R. v. | 83 |
| Board of Governors (University of British Columbia), Kane v. | 1105 | D | |
| Board of Referees, Cornish-Hardy v. | 1218 | Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. Xyloid Industries Ltd. | 1182 |
| Bombardier—M.L.W. Ltée, United Steelworkers of America, Local 4589 <i>et al.</i> v. | 905 | Deputy Minister of Revenue v. Rainville | 35 |
| C | | | |
| Canadian Pacific Ltd. <i>et al.</i> v. Canadian Transport Commission <i>et al.</i> | 319 | Dominion Stores Ltd. v. The Queen | 844 |
| Canadian Pioneer Management Ltd. <i>et al.</i> v. Labour Relations Board of Saskatchewan <i>et al.</i> | 433 | Douglas Aircraft Co. of Canada Ltd. v. McConnell <i>et al.</i> | 245 |
| Canadian Transport Commission <i>et al.</i> , Canadian Pacific Ltd. <i>et al.</i> v. | 319 | Droumtsekas <i>et al.</i> , Fraser-Reid <i>et al.</i> v. | 720 |
| Charette v. The Queen | 785 | Duncan <i>et al.</i> v. The Queen | 783 |
| Chromiak v. The Queen | 471 | Duplisea v. T. Eaton Life Assurance Co. | 144 |
| E | | | |
| | | Ernewein v. Minister of Employment and Immigration | 639 |
| | | Evans Products Co. Ltd. v. Crest Warehousing Co. Ltd. | 83 |

| | PAGE | | PAGE |
|--|------|---|------|
| F | | K | |
| Fleurant v. The Queen | 588 | Johnson (S.C.) and Son, Ltd. <i>et al.</i> v. Marketing International Ltd. | 99 |
| Fotti v. The Queen | 589 | Jorgenson, Jack Cewe Ltd. v. | 812 |
| Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America <i>et al.</i> | 1031 | L | |
| Fraser-Reid <i>et al.</i> v. Droumtsekas <i>et al.</i> | 720 | Kane v. Board of Governors (University of British Columbia) | 1105 |
| Fraternité des Policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. v. City of Montreal <i>et al.</i> | 740 | Krannenburg, R. v. | 1053 |
| French v. The Queen | 158 | M | |
| G | | L | |
| General Security Insurance Co. Ltd., Green Forest Lumber Ltd. v. | 176 | Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada | 594 |
| Gerencer, R. v. | 403 | Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada | 914 |
| Gill <i>et al.</i> Lai v. | 431 | Labour Court <i>et al.</i> , Hilton Québec Ltée v. | 548 |
| Goldman v. The Queen | 976 | Labour Relations Board of Saskatchewan <i>et al.</i> , Canadian Pioneer Management Ltd. <i>et al.</i> v. | 433 |
| Great Atlantic and Pacific Tea Co. Ltd. v. The Queen | 670 | Laforet v. The Queen | 869 |
| Green Forest Lumber Ltd. v. General Security Insurance Co. Ltd. | 176 | Lafrance <i>et al.</i> v. Commercial Photo Service Inc. | 536 |
| Gulf Oil Canada Ltd. <i>et al.</i> v. Poulin | 669 | Lai v. Gill <i>et al.</i> | 431 |
| Gushue v. The Queen | 798 | Lottman <i>et al.</i> v. Stanford <i>et al.</i> | 1065 |
| H | | Lockett v. The Queen | 1140 |
| Harper v. Harper | 2 | M | |
| Hilton Québec Ltée v. Labour Court <i>et al.</i> | 548 | Mandel v. The Queen | 318 |
| Household Realty Corporation Ltd. <i>et al.</i> v. Attorney General of Canada | 423 | Manhas v. The Queen | 591 |
| I | | Marketing International Ltd., Johnson (S.C.) and Son, Ltd. <i>et al.</i> v. | 99 |
| Irving Oil Ltd. <i>et al.</i> v. Provincial Secretary of New Brunswick | 787 | Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board | 602 |
| J | | Matsqui Institution Disciplinary Board, Martineau v. | 602 |
| Jack Cewe Ltd. v. Jorgenson | 812 | McCauley v. McVey <i>et al.</i> | 165 |
| Jack <i>et al.</i> v. The Queen | 294 | McConnell <i>et al.</i> , Douglas Aircraft Co. of Canada Ltd. v. | 245 |
| Jean B., R. v. | 80 | McFall v. The Queen | 321 |
| Jean <i>et al.</i> , R. v. | 400 | McKinney v. The Queen | 401 |
| | | McVey <i>et al.</i> , McCauley v. | 165 |
| | | Minister of Employment and Immigration, Erwein v. | 639 |
| | | Minister of National Revenue v. Shofar Investment Corporation | 350 |
| | | Minister of Revenue of Quebec, Victuni v. | 580 |

| | PAGE | | PAGE |
|--|------|--|------|
| Mutual Boiler and Machinery Insurance Co., Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. | 888 | Regional Municipality of Ottawa-Carleton, Corporation of Goulbourn <i>et al.</i> v. | 496 |
| Mymryk v. The Queen | 348 | Riddle, R. v. | 380 |
| N | | | |
| Nagotcha v. The Queen | 714 | Ritcey <i>et al.</i> v. The Queen | 1077 |
| Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada | 115 | Rivard <i>et al.</i> , Adegbola v. | 758 |
| O | | | |
| Olbey v. The Queen | 1008 | Rosen v. The Queen | 961 |
| Olson v. The Queen | 808 | Royal Bank of Canada, Clark <i>et al.</i> v. | 177 |
| Olympic Towers Ltd. v. Shervale Developments Inc. <i>et al.</i> | 142 | S | |
| Ouellette, R. v. | 568 | Sellars v. The Queen | 527 |
| P | | | |
| Palmer <i>et al.</i> v. The Queen | 759 | Shervale Developments Inc. <i>et al.</i> , Olympic Towers Ltd. v. | 142 |
| Perry v. Public Service Commission Appeal Board | 316 | Shofar Investment Corporation, Minister of National Revenue v. | 350 |
| Perry v. The Queen | 1104 | Solosky v. The Queen | 821 |
| Poulin, Gulf Oil Canada Ltd. <i>et al.</i> v. | 669 | Stanford <i>et al.</i> , Lottman <i>et al.</i> v. | 1065 |
| Provincial Secretary of New Brunswick, Irving Oil Ltd. <i>et al.</i> v. | 787 | Stavroff v. The Queen | 411 |
| Public Service Commission Appeal Board, Perry v. | 316 | T | |
| R | | | |
| R. v. Ali | 221 | T. Eaton Life Assurance Co., Duplisea v. | 144 |
| R. v. Barnier | 1124 | The Queen, Bernard v. | 593 |
| R. v. Crosthwait | 1089 | The Queen, Charette v. | 785 |
| R. v. Dwyer and Lauzon | 481 | The Queen, Chromiak v. | 471 |
| R. v. Gerencer | 403 | The Queen, Cooper v. | 1149 |
| R. v. Jean B. | 80 | The Queen, Dominion Stores Ltd. v. | 844 |
| R. v. Jean <i>et al.</i> | 400 | The Queen, Duncan <i>et al.</i> v. | 783 |
| R. v. Krannenburg | 1053 | The Queen, Fleurant v. | 588 |
| R. v. Ouellette | 568 | The Queen, Fotti v. | 589 |
| R. v. Riddle | 380 | The Queen, French v. | 158 |
| R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. <i>et al.</i> | 695 | The Queen, Goldman v. | 976 |
| R. v. Thompson | 1063 | The Queen, Great Atlantic and Pacific Tea Co. Ltd. v. | 670 |
| Rainville, Deputy Minister of Revenue v. | 35 | The Queen, Gushue v. | 798 |
| | | The Queen, Jack <i>et al.</i> v. | 294 |
| | | The Queen, Laforet v. | 869 |
| | | The Queen, Lockett v. | 1140 |
| | | The Queen, Mandel v. | 318 |
| | | The Queen, Manhas v. | 591 |
| | | The Queen, McFall v. | 321 |
| | | The Queen, McKinney v. | 401 |
| | | The Queen, Mymryk v. | 348 |
| | | The Queen, Nagotcha v. | 714 |
| | | The Queen, Olbey v. | 1008 |
| | | The Queen, Olson v. | 808 |
| | | The Queen, Palmer <i>et al.</i> v. | 759 |

| | PAGE | | PAGE |
|---|------|--|------|
| The Queen, Perry v. | 1104 | United Garment Workers of America <i>et al.</i> , Four B Manufacturing Ltd. v. | 1031 |
| The Queen, Ritcey <i>et al.</i> v. | 1077 | United Steelworkers of America, Local 4589 <i>et</i> <i>al.</i> v. Bombardier—M.L.W. Ltée | 905 |
| The Queen, Rosen v. | 961 | | |
| The Queen, Sellars v. | 527 | V | |
| The Queen, Solosky v. | 821 | | |
| The Queen, Stavroff v. | 411 | | |
| The Ship “ <i>Capricorn</i> ” <i>et al.</i> , Antares Shipping Corporation v. | 553 | | |
| Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. <i>et</i> <i>al.</i> , R. v. | 695 | Victuni v. Minister of Revenue of Quebec | 580 |
| Thompson, R. v. | 1063 | Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720 | 178 |
| | | X | |
| U | | | |
| U.A.W., Local 720, Volvo Canada Ltd. v. | 178 | Xyloid Industries Ltd., Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. | 1182 |

TABLE DES JUGEMENTS

| | PAGE | | PAGE |
|---|------|--|------|
| A | | | |
| Adegbola c. Rivard <i>et autre</i> | 758 | Compagnie d'assurance-vie T. Eaton, Duplisea c. | 144 |
| Ali, R. c. | 221 | Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute, Renvoi: | 54 |
| Antares Shipping Corporation c. Le navire « <i>Capricorn</i> » <i>et autres</i> | 553 | Compo Company Ltd. c. Blue Crest Music Inc. <i>et autres</i> | 357 |
| B | | | |
| Banque Royale du Canada, Clark <i>et autre</i> c. | 177 | Conseil arbitral, Cornish-Hardy c. | 1218 |
| Barnier, R. c. | 1124 | Conseil d'administration (Université de la Colom- bie-Britannique), Kane c. | 1105 |
| Bernard c. La Reine | 593 | Conseil des relations du travail de la Saskatche- wan <i>et autres</i> , Canadian Pioneer Manage- ment Ltd. <i>et autres</i> c. | 433 |
| Blue Crest Music Inc. <i>et autres</i> , Compo Company Ltd. c. | 357 | Cooper c. La Reine | 1149 |
| Bombardier—M.L.W. Ltée, Métallurgistes unis d'Amérique, local 4589 <i>et autre</i> c. | 905 | Cornish-Hardy c. Conseil arbitral | 1218 |
| Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada | 594 | Crest Warehousing Co. Ltd., Evans Products Co. Ltd. c. | 83 |
| Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada | 914 | Crosthwait, R. c. | 1089 |
| C | | | |
| Canadien Pacifique Ltée <i>et autres</i> c. Commission canadienne des transports <i>et autre</i> | 319 | D | |
| Canadian Pioneer Management Ltd. <i>et autres</i> c. Conseil des relations du travail de la Saskat- chewan <i>et autres</i> | 433 | Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. Xyloid Industries Ltd. | 1182 |
| Charette c. La Reine | 785 | Douglas Aircraft Co. of Canada Ltd. c. McCon- nell <i>et autres</i> | 245 |
| Chromiak c. La Reine | 471 | Droumtsekas <i>et autres</i> , Fraser-Reid <i>et autre</i> c. .. | 720 |
| Clark <i>et autre</i> c. Banque Royale du Canada | 177 | Duncan <i>et autres</i> c. La Reine | 783 |
| Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique, Perry c. | 316 | Duplisea c. Compagnie d'assurance-vie T. Eaton .. | 144 |
| Comité de discipline de l'Institution de Matsqui, Martineau c. | 602 | Dwyer et Lauzon, R. c. | 481 |
| Commercial Photo Service Inc., Lafrance <i>et autres</i> c. | 536 | E | |
| Commission canadienne des transports <i>et autre</i> Canadien Pacifique Ltée <i>et autres</i> c. | 319 | Ernewein c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigra- tion | 639 |
| | | Evans Products Co. Ltd. c. Crest Warehousing Co. Ltd. | 83 |
| | | Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co. | 888 |

| | PAGE | | PAGE |
|---|------|---|------|
| F | | K | |
| Fleurant c. La Reine | 588 | Jean <i>et autre</i> , R. c. | 400 |
| Fotti c. La Reine | 589 | Johnson (S.C.) and Son, Ltd. <i>et autre</i> c. Marketing International Ltd. | 99 |
| Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique <i>et autre</i> | 1031 | Jorgenson, Jack Cewe Ltd. c. | 812 |
| Fraser-Reid <i>et autre</i> c. Droumtsekas <i>et autres</i> | 720 | L | |
| Fraternité des Policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. c. Ville de Montréal <i>et autre</i> | 740 | Kane c. Conseil d'administration (Université de la Colombie-Britannique) | 1105 |
| French c. La Reine | 158 | Krannenburg, R. c. | 1053 |
| G | | | |
| General Security Insurance Co. Ltd., Green Forest Lumber Ltd. c. | 176 | La Reine, Bernard c. | 593 |
| Gerencer, R. c. | 403 | La Reine, Charette c. | 785 |
| Gill <i>et autres</i> Lai c. | 431 | La Reine, Chromiak c. | 471 |
| Goldman c. La Reine | 976 | La Reine, Cooper c. | 1149 |
| Great Atlantic and Pacific Tea Co. Ltd. c. La Reine | 670 | La Reine, Duncan <i>et autres</i> c. | 783 |
| Green Forest Lumber Ltd. c. General Security Insurance Co. Ltd. | 176 | La Reine, Fleurant c. | 588 |
| Gulf Oil Canada Ltd. <i>et autre</i> c. Poulin | 669 | La Reine, Fotti c. | 589 |
| Gushue c. La Reine | 798 | La Reine, French c. | 158 |
| H | | La Reine, Goldman c. | 976 |
| Harper c. Harper | 2 | La Reine, Great Atlantic and Pacific Tea Co. Ltd. c. | 670 |
| Hilton Québec Ltée c. Tribunal du travail <i>et autres</i> | 548 | La Reine, Gushue c. | 798 |
| Household Realty Corporation Ltd. <i>et autre</i> c. Procureur général du Canada | 423 | La Reine, Jack <i>et autres</i> c. | 294 |
| I | | La Reine, Laforet c. | 869 |
| Irving Oil Ltd. <i>et autres</i> c. Secrétaire provincial du Nouveau Brunswick | 787 | La Reine, Lockett c. | 1140 |
| J | | La Reine, Mandel c. | 318 |
| Jack Cewe Ltd. c. Jorgenson | 812 | La Reine, Manhas c. | 591 |
| Jack <i>et autres</i> c. La Reine | 294 | La Reine, McFall c. | 321 |
| Jean B., R. c. | 80 | La Reine, McKinney c. | 401 |
| | | La Reine, Mymryk c. | 348 |
| | | La Reine, Nagotcha c. | 714 |
| | | La Reine, Olbey c. | 1008 |
| | | La Reine, Olson c. | 808 |
| | | La Reine, Palmer <i>et autre</i> c. | 759 |
| | | La Reine, Perry c. | 1104 |
| | | La Reine, Ritcey <i>et autres</i> c. | 1077 |
| | | La Reine, Rosen c. | 961 |
| | | La Reine, Sellars c. | 527 |
| | | La Reine, Solosky c. | 821 |
| | | La Reine, Stavroff c. | 411 |
| | | La Reine, Supermarchés Dominion Ltée c. | 844 |
| | | Laforet c. La Reine | 869 |
| | | Lafrance <i>et autres</i> c. Commercial Photo Service Inc. | 536 |
| | | Lai c. Gill <i>et autres</i> | 431 |

| | PAGE | | PAGE |
|---|------|---|------|
| <i>Le navire «Capricorn» et autres, Antares Shipping Corporation c.</i> | 553 | | |
| <i>Lottman et autre c. Stanford et autre</i> | 1065 | | |
| <i>Luckett c. La Reine</i> | 1140 | | |
| M | | P | |
| <i>Mandel c. La Reine</i> | 318 | <i>Palmer et autre c. La Reine</i> | 759 |
| <i>Manhas c. La Reine</i> | 591 | <i>Perry c. Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique</i> | 316 |
| <i>Marketing International Ltd., Johnson (S.C.) and Son, Ltd. et autre c.</i> | 99 | <i>Perry c. La Reine</i> | 1104 |
| <i>Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui</i> | 602 | <i>Poulin, Gulf Oil Canada Ltd. et autre c.</i> | 669 |
| <i>McCauley c. McVey et autres</i> | 165 | <i>Procureur général du Canada, Brasseries Labatt du Canada Ltée c.</i> | 594 |
| <i>McConnell et autres, Douglas Aircraft Co. of Canada Ltd. c.</i> | 245 | <i>Procureur général du Canada, Brasseries Labatt du Canada Ltée c.</i> | 914 |
| <i>McFall c. La Reine</i> | 321 | <i>Procureur général du Canada, Household Realty Corporation Ltd. et autre c.</i> | 423 |
| <i>McKinney c. La Reine</i> | 401 | R | |
| <i>McVey et autres, McCauley c.</i> | 165 | <i>R. c. Ali</i> | 221 |
| <i>Métallurgistes unis d'Amérique, local 4589 et autre c. Bombardier—M.L.W. Ltée</i> | 905 | <i>R. c. Barnier</i> | 1124 |
| <i>Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, Ernewein c.</i> | 639 | <i>R. c. Crosthwait</i> | 1089 |
| <i>Ministre du Revenu du Québec, Victuni c.</i> | 580 | <i>R. c. Dwyer et Lauzon</i> | 481 |
| <i>Ministre du Revenu national c. Shofar Investment Corporation</i> | 350 | <i>R. c. Gerencer</i> | 403 |
| <i>Municipalité de Goulbourn et autres c. Municipalité régionale d'Ottawa-Carleton</i> | 496 | <i>R. c. Jean B.</i> | 80 |
| <i>Municipalité régionale d'Ottawa-Carleton, Municipalité de Goulbourn et autres c.</i> | 496 | <i>R. c. Jean et autre</i> | 400 |
| <i>Mutual Boiler and Machinery Insurance Co., Exportations Consolidated Bathurst Ltée c.</i> .. | 888 | <i>R. c. Krannenburg</i> | 1053 |
| <i>Mymryk c. La Reine</i> | 348 | <i>R. c. Ouellette</i> | 568 |
| N | | <i>R. c. Riddle</i> | 380 |
| <i>Nagotcha c. La Reine</i> | 714 | <i>R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et autre</i> | 695 |
| <i>Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada</i> | 115 | <i>R. c. Thompson</i> | 1063 |
| O | | <i>Rainville, Sous-ministre du Revenu c.</i> | 35 |
| <i>Olbey c. La Reine</i> | 1008 | <i>Riddle, R. c.</i> | 380 |
| <i>Olson c. La Reine</i> | 808 | <i>Ritcey et autres c. La Reine</i> | 1077 |
| <i>Olympic Towers Ltd. c. Shervale Developments Inc. et autre</i> | 142 | <i>Rivard et autre, Adegbola c.</i> | 758 |
| <i>Ouellette, R. c.</i> | 568 | <i>Rosen c. La Reine</i> | 961 |
| | | S | |
| | | <i>Secrétaire provincial du Nouveau Brunswick, Irving Oil Ltd. et autres c.</i> | 787 |
| | | <i>Sellers c. La Reine</i> | 527 |
| | | <i>Shervale Developments Inc. et autre, Olympic Towers Ltd. c.</i> | 142 |
| | | <i>Shofar Investment Corporation, Ministre du Revenu national c.</i> | 350 |
| | | <i>Solosky c. La Reine</i> | 821 |
| | | <i>Sous-ministre du Revenu c. Rainville</i> | 35 |
| | | <i>Stanford et autre, Lottman et autre c.</i> | 1065 |
| | | <i>Stavroff c. La Reine</i> | 411 |

| | PAGE | | PAGE |
|--|------|--|------|
| Supermarchés Dominion Ltée. c. La Reine | 844 | V | |
| T | | | |
| T.U.A., local 720, Volvo Canada Ltd. c. | 178 | Victuni c. Ministre du Revenu du Québec | 580 |
| Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. <i>et</i> <i>autre</i> , R. c. | 695 | Ville de Montréal <i>et autre</i> , Fraternité des Poli- ciers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. c. | 740 |
| Thompson, R. c. | 1063 | Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720 | 178 |
| Travailleurs en communication du Canada, Nor- thern Telecom Ltée c. | 115 | X | |
| Travailleurs unis du vêtement d'Amérique <i>et</i> <i>autre</i> , Four B Manufacturing Ltd. c. | 1031 | Xyloid Industries Ltd., Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. | 1182 |
| Tribunal du travail <i>et autres</i> , Hilton Québec Ltée c. | 548 | | |

TABLE OF CASES CITED

TABLE DES CAUSES CITÉES

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENOI | PAGE |
|---|---------------------------------|-------------------------|
| A | | |
| A Debtor, In re | [1908] 1 K.B. 344. | 153 |
| A. G. Quebec v. A. G. Canada | [1945] S.C.R. 600. | 1084 |
| Abbott v. Sullivan | [1952] 1 K.B. 189. | 1113 |
| Aeronautics Reference | [1932] A.C. 54. | 944 |
| Agence Maritime Inc. v. Canada Labour Relations Board | [1969] S.C.R. 851. | 1046 |
| Agricultural Products Marketing Act, Re | [1978] 2 S.C.R. 1198. | 866 |
| Air Care Ltd. v. United Steel Workers of America <i>et al.</i> | [1976] 1 S.C.R. 2. | 211, 271 |
| Alliance des Professeurs Catholiques de Montreal v. Labour Relations Board of Quebec | [1953] 2 S.C.R. 140. | 195, 659 |
| Aluminum Company of Canada Limited v. Le Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida Inc. | [1966] Que. Q.B. 641. | 546 |
| Anderson v. Bank of British Columbia | (1876), 2 Ch. 644. | 835 |
| Andrews <i>et al.</i> v. Grand & Toy Alberta Ltd. <i>et al.</i> | [1978] 2 S.C.R. 229. | 431 |
| Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission | [1969] 2 A.C. 147. | 193 |
| Anns v. London Borough of Merton | [1977] 2 All E.R. 492. | 726 |
| Arbitration between Gregson and Armstrong, Re | (1894), 70 L.T. 106. | 1115 |
| Armstrong and Whitehead, Re | [1973] 2 O.R. 495. | 624 |
| Arrow Transfer Co. Ltd. | [1974] 1 Can. L.R.B.R. 29. | 132 |
| Ash <i>et al.</i> v. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd., <i>et al.</i> | [1936] 2 All E.R. 1496. | 364 |
| Association of Machinists and Aerospace Workers, Flin Flon Lodge No. 1848 <i>et al.</i> v. Hudson Bay Mining and Smelting Co. Ltd. | [1968] S.C.R. 113. | 911 |
| Atamanchuk v. Atamanchuk | (1955), 15 W.W.R. 301. | 28 |
| Athlumney, Re | [1898] 2 Q.B. 547. | 242 |
| Attorney General for Alberta v. Attorney-General for Canada | [1947] A.C. 503. | 465 |
| Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada | [1939] A.C. 117. | 455 |
| Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada | [1937] A.C. 377. | 854, 857, 920, 938 |
| Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway | [1906] A.C. 204. | 573 |
| Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Quebec | [1947] A.C. 33. | 440, 450, 585 |
| Attorney-General for Manitoba v. Kelly | [1922] 1 A.C. 268. | 200 |
| Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada | [1937] A.C. 405. | 851, 860, 918, 946, 955 |

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENOI | PAGE |
|---|---------------------------|----------|
| Attorney-General for Ontario v. Winner..... | [1954] A.C. 541. | 573 |
| Attorney General for Quebec v. Bégin..... | [1955] S.C.R. 593. | 967 |
| Attorney-General for Quebec v. Nipissing Central Ry. Co. and Attorney-General for Canada..... | [1926] A.C. 715. | 573 |
| Attorney-General for Quebec v. Reed..... | (1884), 10 A.C. 141. | 573 |
| Attorney-General for Saskatchewan v. Canadian Pacific Ry. Co. | [1953] A.C. 594. | 573 |
| Attorney-General for the Dominion of Canada v. Ritchie Contract- ing and Supply Company..... | [1919] A.C. 999. | 573 |
| Attorney General for the Province of Quebec v. Cohen..... | [1979] 2 S.C.R. 305. | 530, 637 |
| Attorney-General of Canada v. Jackson..... | [1945] 2 D.L.R. 438. | 574 |
| Attorney General of Canada v. Walford..... | [1979] 1 F.C. 768. | 818 |
| Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada and Lord Nelson Hotel Company Limited..... | [1951] S.C.R. 31. | 72, 858 |
| Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada.... | [1951] S.C.R. 31. | 858 |
| Attorney General of Ontario v. Canada Temperance Federation..... | [1946] A.C. 193. | 945 |
| Attorney-General of Ontario v. Mercer..... | (1883), 8 A.C. 767. | 573 |
| Attorney General of Ontario v. The Attorney General of Canada.... | [1896] A.C. 348. | 936 |
| Attorney General of Quebec v. Cohen..... | [1979] 2 S.C.R. 305. | 637 |
| Avon v. The Queen..... | [1971] S.C.R. 650. | 535 |

B

| | | |
|--|---|---------------|
| B and The Queen, Re..... | (1977), 36 C.C.C. (2d) 235. | 836 |
| Bank of Chettinad Limited, of Colombo, v. Commissioner of Income Tax, Colombo..... | [1948] A.C. 378. | 460 |
| Bank of Montreal v. The Royal Bank of Canada..... | [1933] S.C.R. 311. | 705, 709 |
| Bank of New South Wales v. The Commonwealth..... | (1948), 76 C.L.R. 1. | 466 |
| Bank of Nova Scotia v. Middleton Motors Limited..... | (1978), 78 D.T.C. 6307. | 1213 |
| Bank of Toronto v. Lambe..... | (1887), 12 A.C. 575. | 585 |
| Barak v. Langtry..... | (1954), 12 W.W.R. (N.S.) 691. | 736 |
| Barton v. Blackburn..... | (1934), 150 L.T. 327. | 203 |
| Baschet v. London Illustrated Standard Company..... | [1900] 1 Ch. D. 73. | 365 |
| Bates v. Lord Hailsham..... | [1972] 3 All E.R. 1019, [1972] 1 W.L.R. 1373. | 634 |
| Batty v. Metropolitan Property Realizations Ltd. | [1978] 2 All E.R. 445. | 726 |
| Bell Canada v. Office and Professional Employees' International Union, Local 131..... | [1974] S.C.R. 335. | 197, 209, 272 |
| Berd v. Lovelace..... | (1577), 21 E.R. 33. | 834 |
| Bergevin v. Gauthier..... | [1961] Que. Q. B. 440. | 754 |
| Bethlahmy v. Bechtel..... | 415 P. 2d 698 (1966). | 729 |
| Bingham, Re..... | (1930), 66 O.L.R. 121. | 1073 |
| Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaf- fenburg AG..... | [1975] 1 All E.R. 810. | 520 |
| Blanchette v. C.I.S. Ltd. | [1973] S.C.R. 833. | 156 |
| Board of Commerce Act, In re..... | [1922] 1 A.C. 191. | 921, 941 |
| Board of Education v. Rice..... | [1911] A.C. 179. | 1113 |
| Board of Industrial Relations of the Province of Alberta <i>et al.</i> v. Stedelbauer Chevrolet Oldsmobile Ltd..... | [1969] S.C.R. 137. | 271 |

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENOI | PAGE |
|---|------------------------------------|----------|
| Board of Industrial Relations v. AVCO Financial Services Realty Ltd. | [1979] 2 S.C.R. 699. | 45, 1193 |
| Bollinger v. The Costa Brava Wine Company Limited | [1961] R.P.C. 116. | 954 |
| Borden and Elliot and The Queen, Re | (1975), 30 C.C.C. (2d) 337. | 836 |
| Bottomgate Industrial Co-operative Society, Re | (1891), 65 L.T. 712. | 460 |
| Boudreau v. The King | [1949] S.C.R. 262. | 717, 967 |
| Bradburn v. Wentworth Arms Hotel | [1979] 1 S.C.R. 846. | 210 |
| Bradley v. Canadian General Electric Co. Ltd. | [1957] O.R. 316. | 194 |
| Bratty v. A.-G. for Northern Ireland | [1963] A.C. 386. | 1155 |
| Breck's Sporting Goods v. Magder | [1976] 1 S.C.R. 527. | 106 |
| Breckenridge Speedway Ltd. <i>et al.</i> v. The Queen | [1970] S.C.R. 175. | 458 |
| Brennan v. Schellhamer | 13 N.Y. Supp. 558 (1891). | 735 |
| British Coal Corporation v. The King | [1935] A.C. 500. | 573 |
| British Transport Commission v. Gourley | [1956] A.C. 185. | 815 |
| British Westinghouse Electric & Manufacturing Co., Ltd. v. Underground Electric Railways Company of London, Limited | [1912] A.C. 673. | 265 |
| Brook and Delcomyn, Re | (1864), 16 C.B.R. (N.S.) 403. | 1114 |
| Brooks v. The King | [1927] S.C.R. 633. | 340 |
| Brown v. Gentleman | [1971] S.C.R. 501. | 13 |
| Brown v. The Queen | [1962] S.C.R. 371. | 342 |
| Brownridge v. The Queen | [1972] S.C.R. 926. | 477 |
| Bruton v. U.S. | (1968), 391 U.S. 123. | 338 |
| Burns v. Gan | (1955), 112 C.C.C. 395. | 396 |
| BX Development Inc. and The Queen, Re | (1976), 31 C.C.C. (2d) 14. | 836 |

C

| | | |
|---|----------------------------------|----------|
| Cabin Crafts Inc's. App. | (1955), 72 R.P.C. 333. | 113 |
| Caccamo v. The Queen | [1976] 1 S.C.R. 786. | 415 |
| Caisse Populaire Notre-Dame Limitée v. Moyen | (1967), 61 D.L.R. (2d) 118. | 461 |
| Caloil v. The Attorney General of Canada | [1971] S.C.R. 543. | 938 |
| Cameron, In re | (1901), 2 O.L.R. 756. | 1073 |
| Canada Labour Relations Board v. C.N.R. | [1975] 1 S.C.R. 786. | 448 |
| Canada Labour Relations Board, Public Service Alliance of Canada v. City of Yellowknife | [1977] 2 S.C.R. 729. | 1046 |
| Canadian Cablesystems (Ontario) Ltd. v. Consumers' Association of Canada <i>et al.</i> | [1977] 2 S.C.R. 740. | 643 |
| Canadian Car & Foundry v. Bird | (1922), 64 S.C.R. 257. | 753 |
| Canadian Indemnity Co. <i>et al.</i> v. Attorney-General of British Columbia | [1977] 2 S.C.R. 504. | 444 |
| Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney-General for British Columbia | [1950] A.C. 122. | 134, 448 |
| Canadian Pioneer Management Ltd. v. Saskatchewan Labour Relations Board | [1980] 1 S.C.R. 433. | 585 |
| Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation | [1979] 2 S.C.R. 227. | 214, 274 |

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENOI | PAGE |
|---|-------------------------------|---------------------------------|
| Canadian Utilities Ltd. <i>et al.</i> v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise | [1964] S.C.R. 57. | 650, 663 |
| Canadian Westinghouse Co. Ltd. and Local 164, Draftsmen's Association of Ontario, Re | [1962] O.R. 17. | 195 |
| Capital Cities Communications Inc. v. C.R.T.C. | [1978] 2 S.C.R. 141. | 133 |
| Cardiffe Bridge | 1 Salk. 146. | 616 |
| Cardinal v. Attorney General of Alberta | [1974] S.C.R. 695. | 1037, 1049 |
| Carling Export | [1931] A.C. 435. | 794 |
| Carnation Company Ltd. v. Quebec Agricultural Marketing Board | [1968] S.C.R. 238. | 938 |
| Caron v. The King | [1924] A.C. 999. | 573 |
| Carpenter v. Donohoe | 388 P. 2d 399 (1964). | 728 |
| Cheerio Toys and Games Ltd. v. Dubiner | [1966] S.C.R. 206. | 107 |
| Cité de Pont Viau v. Gauthier Mfg. Ltd. | [1978] 2 S.C.R. 516. | 665 |
| Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons | (1881), 7 App. Cas. 96. | 444, 465, 854, 919, 935, 955 |
| City of Toronto v. Bell Telephone Co. of Canada | [1905] A.C. 52. | 134 |
| City of Vancouver v. Brandram-Henderson of B.C. Ltd. | [1960] S.C.R. 539. | 201, 219 |
| Clark, Re | (1903), 6 O.L.R. 551. | 1073 |
| Clemenshaw, In Re | (1962) 4 C.B.R. 238. | 44 |
| Coca-Cola Co. v. Pepsi-Cola Co. | [1942] 1 C.P.R. 293. | 110 |
| Cohen v. McCord | [1944] O.R. 568. | 704, 712 |
| Colgate-Palmolive Coy.'s App. | [1957] R.P.C. 25. | 113 |
| Collège des médecins v. Léonard | [1974] C.A. 302. | 756 |
| Colonial Building and Investment Association v. Attorney-General of Quebec. | (1883), 9 App. Cas. 157. | 454 |
| Colpitts v. The Queen | [1965] S.C.R. 739. | 343, 1024 |
| Columbia Records of Canada Ltd. v. M.N.R. | (1971), 71 DTC 5486. | 371 |
| Comité d'appel du bureau provincial de médecine v. Chèvrefils | [1974] C.A. 123. | 755 |
| Commission de la fonction publique v. Desbiens | [1970] C.A. 727. | 754 |
| Commission du Salaire Minimum v. Bell Telephone Company of Canada | [1966] S.C.R. 767. | 448, 1046 |
| Commonwealth of Australia v. Bank of New South Wales | [1950] A.C. 235. | 467 |
| Connelly v. Director of Public Prosecutions | [1964] 2 All E.R. 401. | 803 |
| Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission | [1979] 1 S.C.R. 754. | 131, 1046 |
| Consumers' Gas | [1976] 2 S.C.R. 640. | 791 |
| Cooper v. The Queen | [1980] 1 S.C.R. 1149. | 1138 |
| Cornish v. Accident Insurance Company | (1889), 23 Q.B. 453. | 901 |
| Corporation of the City of Toronto v. The King | [1932] A.C. 98. | 573 |
| Corporation of the Township of Scarborough v. The Corporation of the City of Toronto | [1956] S.C.R. 450. | 513 |
| Corporation of Surrey v. Peace Arch Enterprises Ltd. | (1970), 74 W.W.R. 38. | 1041 |
| Couture v. Maurice Pollack Ltée | [1946] Que. K.B. 243. | 754 |
| Cramas Properties Ltd. v. Connaught Fur Trimmings Ltd. | [1965] 1 W.L.R. 892. | 525 |
| Croft v. Prendergast | [1949] O.R. 282. | 727 |
| Crowther v. Attorney-General of Canada | (1959), 42 M.P.R. 269. | 426 |
| Curley v. Briggs | (1920), 53 D.L.R. 351. | 157 |

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENVOI | PAGE |
|--|---|---------------|
| D | | |
| Daemar v. Hall..... | [1978] 2 N.Z.L.R. 594. | 625 |
| Danforth Heights Ltd. v. McDermid Bros. | (1922), 52 O.L.R. 412. | 171 |
| Darlington Wagon Co., Ltd. v. Harding | [1891] 1 Q.B. 245. | 203 |
| Davey v. Gibson | (1930), 65 O.L.R. 379. | 1201 |
| Davies Jenkins & Co. Ltd. v. Davies | [1967] 1 All E.R. 913. | 524 |
| Davis v. The Royal Trust Co. | [1932] S.C.R. 203. | 752 |
| Dawkins v. Lord Rokeby | L.R. 8 Q.B. 255. | 624 |
| De Lassalle v. Guildford | [1901] 2 K.B. 215. | 732 |
| Deere Plow Co. v. Wharton | [1915] A.C. 330. | 939 |
| Deleeuw v. Deleeuw | (1977), 5 B.C.L.R. 106. | 24 |
| Dennis v. Codrington | (1580), 21 E.R. 53. | 834 |
| Depagie and The Queen, Re | (1976), 32 C.C.C. (2d) 89. | 530 |
| Deslauriers Construction Products Ltd., Re | [1970] 3 O.R. 599. | 1197 |
| Di Iorio and Gérard Fontaine v. The Warden of the Common Jail of the City of Montreal and Brunet | [1978] 1 S.C.R. 152. | 1084 |
| Dickson and The New Brunswick Teachers' Federation v. Her Majesty in Right of the Province of New Brunswick | [1979] 2 S.C.R. 13. | 911 |
| Dinning v. Workmen's Compensation Board | [1932] 1 D.L.R. 373. | 52 |
| Dion v. Orr | [1961] Que. Q. B. 320. | 754 |
| Director of Investigation and Research and Canada Safeway Ltd., Re | (1972), 26 D.L.R. (3d) 745. | 836 |
| Director of Investigation and Research and Shell Canada Ltd., Re | (1975), 22 C.C.C. (2d) 70, [1975] F.C. 184. | 834 |
| Director of Public Prosecutions v. Humphrys | [1976] 2 All E.R. 497. | 803 |
| District Savings Bank Limited, In re | (1861), 45 E.R. 907. | 460 |
| Doe d. Simpson v. Emmerson | (1847), 9 L.T. (O.S.) 199. | 196 |
| Dominion Stores Limited v. The Queen | [1980] 1 S.C.R. 844. | 919, 933, 958 |
| Dominion Textile Company v. Skaife | [1926] S.C.R. 310. | 753 |
| Dominion Trust Company | [1918] 3 W.W.R. 1023. | 460 |
| Dormuth and Ursel v. Untereiner and Muskovitch | [1964] S.C.R. 122. | 12 |
| Douglas Aircraft Company of Canada Ltd. v. McConnell | [1980] 1 S.C.R. 245. | 544 |
| Downe, Re | (1972), 3 Nfld. & P.E.I.R. 496. | 428 |
| Doyle v. The Queen | [1977] 1 S.C.R. 597. | 1056 |
| Dubois v. Commission de Police du Québec <i>et al.</i> | [1977] C.A. 28. | 756 |
| Dunlop and Sylvester v. The Queen | [1979] 2 S.C.R. 881. | 345 |
| Dutton v. Bognor Regis United Building Co. Ltd. | [1972] 1 All E.R. 462. | 726 |
| Dygdala | [1977] 1 W.W.R. 104. | 1095 |
| Dynamic Transport Limited v. O.K. Detailing Limited | [1978] 2 S.C.R. 1072. | 174 |
| E | | |
| Earl of Chesterfield's Trusts, In re | (1883), 24 Ch. D. 643. | 1072, 1074 |
| Edward B. Marks Music Corporation v. Foulton | (1948), 79 F. Supp. 664. | 368 |
| England v. Lyon Fireproof Storage Co. | (1928), 271 P. 532. | 97 |
| Errington v. Ministry of Health | [1935] 1 K.B. 249. | 1114 |

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENOVI | PAGE |
|--|--|--------------------|
| F | | |
| F.R. Absalom Ltd. v. Great Western (London) Garden Village Society, Ltd. | [1933] A.C. 592. | 195, 215, 217, 267 |
| F.T. Developments Ltd. v. Sherman | [1969] S.C.R. 203. | 174 |
| Faubert and Watts v. Temagami Mining Co. Ltd. | [1960] S.C.R. 235. | 195 |
| Federation of Telephone Workers of British Columbia and British Columbia Telephone Co., Re | (1971), 23 D.L.R. (3d) 18. | 256, 281 |
| Feist, Inc. <i>et al.</i> v. Apollo Records <i>et al.</i> | (1969), 300 F. Supp. 32. | 370 |
| Ferguson v. Attorney-General of Canada | [1971] 2 W.W.R. 637. | 574 |
| Fergusson v. The Queen | [1962] S.C.R. 229. | 1143 |
| Ferme St-Antoine Limitée, Cité de Montréal v. Duclos, Re | (1941), 70, Que. K.B. 124. | 43 |
| Flatman v. Light | [1946], 1 K.B. 414. | 387 |
| Florence Realty Co. Ltd. v. The Queen | [1968] S.C.R. 42. | 817 |
| Foley v. Hill | [1848] 2 H.L.C. 28, 9 E.R. 1002. | 450 |
| Fort Frances Pulp and Paper Co. v. Manitoba Free Press | [1923] A.C. 695. | 944 |
| François Nolin Ltée v. Quebec Labour Relations Board | [1968] S.C.R. 168. | 754 |
| Fraser v. Mudge | [1975] 1 W.L.R. 1132, [1975] 3 All E.R. 78. | 624, 636 |
| Fry, Ex. p. | [1954] 2 All E. R. | 636 |
| Furnell v. Whangarei High Schools Board | [1973] A.C. 660. | 621 |
| G | | |
| G. Ricordi & Co., Inc. v. Columbia Graphophone Co. | (1920), 270 F. 822. | 367 |
| Garbutt v. Durham Joint Committee | [1906] A.C. 291. | 525 |
| Gardner v. Lucas | [1878] 3 A.C. 582. | 235 |
| Garratt v. Garratt | (1974), 16 R.F.L. 168. | 23 |
| General Motors Corp. v. Bellows | [1949] S.C.R. 678. | 111 |
| General Truck Drivers Union, Local 938, <i>et al.</i> v. Hoar Transport Company Limited | [1969] S.C.R. 634. | 271 |
| George Wimpey Canada Ltd. v. Focal Properties Ltd. | [1978] 1 S.C.R. 2. | 170 |
| Gissing v. Gissing | [1971] A.C. 886. | 29 |
| Goldhar | [1960] S.C.R. 60. | 667 |
| Goldman v. The Queen | [1980] 1 S.C.R. 976. | 966, 972 |
| Goodspeed v. Nicholls | 204 N.W. 122 (1925). | 735 |
| Government of Kelantan v. Duff Development Co. | [1923] A.C. 395. | 188, 216, 267 |
| Gravel v. City of St. Leonard | [1978] 1 S.C.R. 660. | 525 |
| Greenough v. Gaskell | (1833), 39 E.R. 618. | 834 |
| Groenwelt v. Burwell | (1700), 1 Ld. Raym. 467. | 616 |
| Groves Certiorari Application, Re | [1972] 2 W.W. R. 399. | 1058 |
| Guy v. Trizec Equities Ltd. | [1979] 2 S.C.R. 756. | 818 |
| H | | |
| H.K. (an infant), In re | [1967] 2 Q.B. 617. | 621 |
| Hancock v. Somes | (1859), 28 L.J.M.C. 196. | 393 |
| Harrison v. The Queen | [1975] 2 S.C.R. 95. | 886 |
| Hart v. Herwig | (1873), L.R. 8. Ch. App. 860. | 563 |

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENOI | PAGE |
|--|--|---------------|
| Hashman v. Anjulin Farms Ltd..... | [1973] S.C.R. 268. | 734 |
| Hayes v. Mayhood and Western Leaseholds Limited | [1959] S.C.R. 568. | 516 |
| Haynes v. Davis | [1915] 1 K.B. 332. | 397 |
| Hébert v. The Queen | [1955] S.C.R. 120. | 886 |
| Heilbut, Symons & Co. v. Buckleton..... | [1913] A.C. 30. | 732 |
| Henley & Co., Re | (1978), 9 Ch. D. 469. | 427 |
| Hickson v. Darlow | (1883), 23 Ch. D. 690. | 238 |
| Hill v. The Queen..... | [1977] 1 S.C.R. 827. | 667 |
| Hilton Quebec Limited v. Labour Court <i>et al.</i> | C.A.Q. 200-09-000312-782. | 545 |
| Hitchens v. British Coal Refining Processes Ltd. | [1936] 2 All E.R. 191. | 203 |
| Hodge v. The Queen | (1883), 9 A.C. 117. | 573 |
| Hodkinson v. Fernie..... | (1857), 3 C.B. (N.S.) 189; 140 E.R. 712. | 196, 219, 266 |
| Hogan v. The Queen | [1975] 2 S.C.R. 574. | 478, 964 |
| Hollyhomes v. Hind..... | [1944] 1 K.B. 571. | 525 |
| Hoogendoorn v. Greening Metal Products and Screening Equip- ment Company and The United Steel Workers of America, Local 6266 | [1968] S.C.R. 30. | 274 |
| Hoskins v. Woodham..... | [1938] 1 All E.R. 692. | 727 |
| Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen..... | [1957] S.C.R. 403. | 228, 243 |
| Howarth v. National Parole Board..... | [1976] 1 S.C.R. 453. | 611, 633 |
| Howe v. Lord Dartmouth | (1802), 7 Ves. Jr. 137, 32 E.R. 56. | 1067 |
| Howe Sound Company v. International Union of Mine, Mill and Smelter Workers (Canada), Local 663 | (1961), 29 D.L.R. (2d) 76. | 185 |
| Howe Sound Company v. International Union of Mine, Mill and Smelter Workers (Canada), Local 663 | [1962] S.C.R. 318. | 265 |
| Hull Estate, Re..... | [1943] O.R. 778. | 24 |
| Hurt v. Minister of Manpower and Immigration | [1978] 2 F.C. 340. | 658 |
| I | | |
| Ibrahim | [1914] A.C. 599. | 1005 |
| Imperial Canadian Trust, Re | [1942] 2 D.L.R. 96. | 574 |
| In the Matter of an Arbitration Between King and Duveen and Others | [1913] 2 K.B. 32. | 266 |
| Indemnity Insurance Company of North America v. Excel Clean- ing Service..... | [1954] S.C.R. 169. | 893, 900 |
| Industrielle, Compagnie d'assurance sur la vie v. Nadeau..... | [1978] T.T. 175. | 545 |
| Initiative and Referendum Act, In re..... | (1916), 27 Man. R. 1. | 72 |
| Inland Revenue Commissioners v. Dowdall, O'Mahoney & Co. Ltd. | [1952] A.C. 401. | 524 |
| Insurance Act, 1910, In Re | (1913), 48 S.C.R. 260. | 940 |
| International Association of Machinists and Aerospace Workers <i>et</i> <i>al.</i> v. Hudson Bay Mining and Smelting Co. Ltd. | [1968] S.C.R. 113. | 195, 272 |
| International Nickel Co. of Canada Ltd. and Rivando, Re..... | [1956] O.R. 379. | 185, 267 |
| International Union of Operating Engineers v. Carrières Montréal- Est (1965) Ltée | [1975] C.A. 454. | 756 |
| International Woodworkers of America, Local 1-324 v. Wescana Inn Ltd. and Clarkson Company Limited | (1977), 27 C.B.R. (N.S.) 201. | 1209 |

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENVOI | PAGE |
|---|---|----------------|
| J | | |
| Jackson v. Denno | 378 U.S. 368 (1964). | 968 |
| Jacmain v. Attorney General of Canada and Public Service Staff Relations Board | [1978] 2 S.C.R. 15. | 129 |
| Jarvis v. Associated Medical Services, Incorporated | [1964] S.C.R. 497. | 274 |
| Jeffs v. New Zealand Dairy Production and Marketing Board | [1967] 1 A.C. 551. | 1116 |
| Joachimson v. Swiss Bank Corporation | [1921] 3 K.B. 110. | 450 |
| Johnson v. The King | [1904] A.C. 817. | 572 |
| K | | |
| Kanda v. Government of the Federation of Malaya | [1962] A.C. 322. | 1114, 1121 |
| Keable v. Attorney-General of Canada <i>et al.</i> | [1978] 2 S.C.R. 135. | 597 |
| Kelantan v. Duff Development Company Limited | [1923] A.C. 395. | 215, 219 |
| Kent v. Elstob | (1802), 3 East 18, 102 E.R. 502. | 196, 265 |
| Keystone Knitting Mills Ld App. | (1928), 45 R.P.C. 421. | 112 |
| Kienapple v. The Queen | [1975] S.C.R. 729. | 802 |
| Kimbray v. Draper | (1868), L.R. 3 Q.B. 160. | 235 |
| King and Duveen, Re | [1913] 2 K.B. 32. | 196 |
| King v. University of Saskatchewan | [1969] S.C.R. 678. | 1110 |
| Kinookimaw Beach Association and Board of Revenue Commis- sioners, Re | (1978), 91 D.L.R. (3d) 698. | 1038 |
| Kirkness (Inspector of Taxes) v. John Hudson & Co. Ltd. | [1955] A.C. 696. | 515 |
| Kolot v. Hemsworth | (1967), 59 W.W.R. 755. | 1058 |
| Komo Construction Inc. v. Labour Relations Board | [1968] S.C.R. 172. | 659, 913 |
| Kuhn and The Queen, Re | (1975), 19 C.C.C. (2d) 556. | 1057 |
| KRA Restaurants Ltd. v. Toronto Dominion Bank <i>et al.</i> , Re | (1977), 74 D.L.R. (3d) 272. | 1214 |
| L | | |
| Laboratoire Pentagone Limitée v. Parke, Davis and Co. | [1968] S.C.R. 269. | 598 |
| Lafrance <i>et al.</i> v. Commercial Photo Service Inc. | [1980] 1 S.C.R. 536. | 549 |
| Laidlaw v. The Municipality of Metropolitan Toronto | [1978] 2 S.C.R. 736. | 520 |
| Lane v. Esdaile | [1891] A.C. 210. | 648, 664 |
| Larue v. Royal Bank of Canada | [1926] S.C.R. 218. | 45 |
| Latour v. The King | [1951] S.C.R. 19. | 886 |
| Lauer and Stekl, In re | (1974), 47 D.L.R. (3d) 286. | 1072 |
| Law Society of Upper Canada v. French | [1975] 2 S.C.R. 767. | 1110 |
| Lawson v. Interior Tree, Fruit and Vegetable Committee | [1931] S.C.R. 357. | 854 |
| Leblanc v. The King | (1927), 49 C.C.C. 207. | 421 |
| Leiba v. Minister of Manpower and Immigration | [1972] S.C.R. 660. | 660 |
| Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers and M & B Enterprises Ltd. | [1975] 1 S.C.R. 178. | 134, 446, 1046 |
| Levin v. Cook | 47 A. 2d 505 (1946). | 735 |
| Levine v. Serling | (1911), 23 Que. K.B. 289. | 752 |
| Linney v. The Queen | [1978] 1 S.C.R. 646, 32 C.C.C. (2d) 294. | 1013 |
| Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick | [1892] A.C. 437. | 573 |
| Liverpool Taxi Owners' Association, Re | [1972] 2 All E.R. 589. | 617 |

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENOI | PAGE |
|--|--|--------------------|
| Livesley v. Horst Co. | [1924] S.C.R. 605. | 814 |
| Lizotte v. The King | [1951] S.C.R. 115. | 341 |
| Local Government Board v. Arlidge | [1915] A.C. 120. | 1113 |
| Loraso v. Custom Built Homes, Inc. | 144 So. 2d 459 (1962). | 728 |
| Lumbers v. Minister of National Revenue | [1943] Ex. C.R. 202, [1944] S.C.R. 167. | 1215 |
| M | | |
| MacDonald v. The Queen | [1977] 2 S.C.R. 665. | 659 |
| MacDonald v. Vapor Canada Ltd | [1977] 2 S.C.R. 134. | 852, 941, 959 |
| MacManaway and In re The House of Commons (Clergy Disqualification) Act, 1801, In re..... | [1950] A.C. 161. | 515 |
| MacMillan Bloedel Limited v. Canadian Stevedoring Company Limited | [1969] 2 Ex. C.R. 375. | 560 |
| Magna v. R. | (1977), 40 C.R.N.S.1. | 1060 |
| Magrath v. The Queen | (1977), 38 C.C.C. (2d) 67. | 610 |
| Maresq et Brown Bovari (Canada) Ltd. | [1963] R.D.T. 242. | 544 |
| Martineau and Butters v. The Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board | [1978] 1 S.C.R. 118. | 609 |
| Mason v. Freedman | [1958] S.C.R. 483. | 169 |
| Maxon v. Irwin, | (1907), 15 O.L.R. 81. | 149 |
| McDermott v. The King | (1948), 76 C.L.R. 501. | 968 |
| McDonald v. The Queen | [1960] S.C.R. 186. | 802 |
| McGeachie v. North American Life Insurance Company | (1893), 23 S.C.R. 148. | 154 |
| McLeod v. Egan | [1975] 1 S.C.R. 517. | 212, 271 |
| McMartin v. The Queen | [1964] S.C.R. 484. | 775, 1021 |
| McNamara Construction (Western) Limited v. The Queen | [1977] 2 S.C.R. 654. | 70, 558, 710 |
| McRae & Co. v. Lemay | (1889), 18 S.C.R. 280. | 196 |
| Melbourne Harbour Trust Commissioners v. Hancock | (1927), 33 A.L.R. 245. | 199 |
| Mellstrom v. Garner | [1970] 1 W.L.R. 603. | 831 |
| Metras v. Trudeau | (1885), M.L.R. 1 Q.B. 347. | 752 |
| Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers | [1970] S.C.R. 425. | 193 |
| Metropolitan Toronto Police Association v. Metropolitan Toronto Board of Commissioners of Police | [1975] 1 S.C.R. 630. | 186, 215, 216, 272 |
| Midland Book Centre Ltd. and City of Winnipeg, Re | (1976), 66 D.L.R. (3d) 169. | 43 |
| Miller v. Cannon Hill Estates, Ltd. | [1931] 2 K.B. 113. | 727 |
| Millet v. The Queen | [1946] Ex. C.R. 562. | 155 |
| Minister of Manpower and Immigration v. Fuentes..... | [1974] 2. F.C. 331. | 661 |
| Minister of Manpower and Immigration v. Hardayal | [1978] 1 S.C.R. 470. | 613, 660 |
| Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand..... | [1979] 1 S.C.R. 495. | 614 |
| Minnesota Mining & Manufacturing Co. App. | (1948), 65 R.P.C. 229. | 112 |
| Moon v. Durden | [1848] 2 Ex. 22. | 235 |
| Morgan and Jacobson v. Attorney General for Prince Edward Island..... | [1976] 2 S.C.R. 349. | 448 |
| Mraz v. The Queen (No. 2) | (1956), 96 C.L.R. 62. | 802 |
| Murdoch v. Murdoch | [1975] 1 S.C.R. 423. | 26 |
| Mussoorie Bank v. Raynor | (1882), 7 App. Cas. 321. | 1213 |
| Mutual Life Insurance Co. v. Chattanooga Savings Bank..... | 150 P. 190. | 156 |

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENOI | PAGE |
|---|----------------------------------|----------|
| Mutual Life Insurance Company of New York v. Dame Jeannotte-Lamarche | (1935), 59 Que. K.B. 510. | 754 |
| Muzak Corporation v. Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd. | [1953] 2 S.C.R. 182. | 666 |
| Myran, Meeches <i>et al.</i> v. The Queen | [1976] 2 S.C.R.137. | 401 |
| N | | |
| N.S.W. Mining Pty. Ltd. v. Hartford Fire Ins. Co. | (1972), 46 A.L.J.R. 391. | 195 |
| Nakkuda Ali v. Jayaratne | [1951] A.C. 66. | 620 |
| National Capital Commission v. Pugliese | [1979] 2 S.C.R. 104. | 712 |
| National Machinery Coy's App. | (1941), 58 R.P.C. 128. | 112 |
| Natural Parents <i>et al.</i> v. Superintendent of Child Welfare | [1976] 2 S.C.R. 751. | 1037 |
| Neill v. Union Mutual Life Insurance Co. | (1882), 7 O.A.R. 171. | 153 |
| Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police | [1979] 1 S.C.R. 311. | 611, 634 |
| Northern Life Assurance Co. of Canada v. Reiersen | [1977] 1 S.C.R. 390. | 155 |
| O | | |
| Ontario Labour Relations Board Bradley <i>et al.</i> and Canadian General Electric Co. Ltd., Re | [1957] O.R. 316. | 269 |
| O'Reilly v. Marketers Diversified Ltd. | [1969] S.C.R. 741. | 174 |
| O'Shea v. Woods | [1891] P. 286. | 835 |
| Oryx Realty Corporation v. Minister of National Revenue | [1974] 2 F.C. 44. | 352 |
| Ottawa v. Nepean Township <i>et al.</i> | [1943] 3 D.L.R. 802. | 530 |
| P | | |
| Paradis v. The Queen | [1978] 1 S.C.R. 264. | 529 |
| Parkovnick v. Ducharme | [1947] Que. K.B. 524. | 754 |
| Parnerkar v. The Queen | [1974] S.C.R. 449. | 1013 |
| Parsons v. B.N.M. Laboratories Ltd. | [1963] 2 All E.R. 658. | 816 |
| Pasley v. Freeman | (1789), 3 T.R. 51. | 732 |
| Patterson v. The Queen | [1970] S.C.R. 409. | 530 |
| Paul v. The Queen | [1960] S.C.R. 452. | 651, 667 |
| Paul Papp Ltd. v. Fitzpatrick | [1967] 1 O.R. 565. | 705 |
| Payne v. Esdaile | (1888), 13 App. Cas. 613. | 52 |
| Pears (No. 1), Re | (1926), 31 O.W.N. 235. | 1073 |
| Pearson v. The Queen | [1959] S.C.R. 369. | 344 |
| Pense v. Northern Life Assurance Co. | (1907), 15 O.L.R. 131. | 899 |
| Perry v. Perry | [1918] 2 W.W.R. 485. | 1213 |
| Perry v. Sharon Development Co. Ltd. | [1937] 4 All E.R. 390. | 729 |
| Peters, Ex p. | (1972), 10 C.C.C. (2d) 221. | 1056 |
| Pettitt v. Pettitt | [1970] A.C. 777. | 29 |
| Pfizer Company Limited v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise | [1977] 1 S.C.R. 456. | 1115 |
| Pharmaceutical Society of Great Britain v. Dickson | [1970] A.C. 403. | 831 |
| Pickwick Music Corporation, <i>et al.</i> v. Record Productions, Inc. | (1968), 292 F. Supp. 39. | 369 |
| Port Arthur Shipbuilding Company v. Arthurs <i>et al.</i> | [1969] S.C.R. 85. | 265 |
| Post Office v. Estuary Radio Ltd. | [1968] 2 Q.B. 740. | 662 |

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENOU | PAGE |
|--|---|--------------|
| Prata v. Minister of Manpower and Immigration..... | [1976] 1 S.C.R. 376. | 662, 839 |
| Presswood <i>et al.</i> and International Chemalloy Corp., Re..... | (1975), 65 D.L.R. (3d) 228. | 836 |
| Price: Ex parte Tinning, Re | (1931), 26 Tas. L. R. 158. | 51 |
| Prime, Re | (1924), 25 O.W.N. 522. | 1073 |
| Pringle v. Fraser..... | [1972] S.C.R. 821. | 1084 |
| Produits de Caoutchouc Marquis Inc. v. Trottier..... | [1962] S.C.R. 676. | 43 |
| Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan..... | [1941] S.C.R. 396. | 529 |
| Provincial Treasurer for the Province of Manitoba v. Minister of Finance for Canada | [1943] S.C.R. 370. | 451, 574 |
| Public Service Board v. Dionne | [1978] 2 S.C.R. 191. | 133 |
| Pyx Granite Co. Ltd. v. Ministry of Housing and Local Govern- ment..... | [1958] 1 Q.B. 554. | 831 |
| Q | | |
| Quance v. The Queen..... | 74 DTC 6210. | 814 |
| Quebec Hydro Electric Commission v. Deputy Minister of Na- tional Revenue | [1970] S.C.R. 30. | 796 |
| Quebec Minimum Wage Commission v. Bell Telephone Co. of Canada | [1966] S.C.R. 767. | 134 |
| Quebec North Shore Paper Company v. Canadian Pacific Limited.. | [1977] 2 S.C.R. 1054, 71 D.L.R. (3d) 111. | 70, 558, 710 |
| R | | |
| R. and Archer v. White..... | [1956] S.C.R. 154. | 625 |
| R. v. Architects' Registration Tribunal, Ex p. Jaggar | (1945), 61 T.L.R. 445. | 1117 |
| R. v. Army Council, Ex p. Ravenscroft | [1917] 2 K.B. 504. | 624 |
| R. v. Atkins..... | 76 DTC 6258. | 814 |
| R. v. Badenoch | [1969] 1 C.C.C. 78. | 415 |
| R. v. Badiuk | (1930), 53 C.C.C. 63. | 388 |
| R. v. Ballegeer | [1969] 3 C.C.C. 353. | 477 |
| R. v. Bank of Nova Scotia..... | (1885), 11 S.C.R. 1. | 426 |
| R. v. Barber <i>et al.</i> , ex parte Warehousemen and Miscellaneous Drivers' Union, Local 419..... | [1968] 2 O.R. 245. | 185, 266 |
| R. v. Barnsley Metropolitan Borough Council, Ex p. Hook | [1976] 3 All E.R. 452. | 621, 1116 |
| R. v. Barr | (1975), 23 C.C.C. (2d) 116. | 418 |
| R. v. Basto..... | (1954), 91 C.L.R. 628. | 716 |
| R. v. Bell, Christiansen, Coolen and MacDonald | (1975), 28 C.R.N.S. 55. | 1028 |
| R. v. Bence et al, Ex p. Regina Oral Arts Ltd. | [1970] 2 C.C.C. 151. | 1057 |
| R. v. Birmingham City Justices, Ex p. Chris Foreign Foods (Wholesalers) Ltd. | [1970] 1 W.L.R. 1428. | 1116 |
| R. v. Biron..... | [1976] 2 S.C.R. 56. | 1194 |
| R. v. Black and Decker Manufacturing Company, Limited | [1975] 1 S.C.R. 411. | 519 |
| R. v. Blair and Karashowsky..... | (1975), 25 C.C.C. (2d) 47. | 386 |
| R. v. Board of Visitors of Hull Prison, Ex p. St. Germain | [1979] 2 W.L.R. 42; [1979] 1 All E. R. 701. | 614, 635 |
| R. v. Bourassa..... | (1978), 38 C.C.C. (2d) 110. | 231 |
| R. v. Brown..... | (1959), 124 C.C.C. 127. | 1147 |

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENOVI | PAGE |
|---|---|-----------|
| R. v. Bryan | (1971), 1 C.C.C. (2d) 342. | 875 |
| R. v. Caccamo and Caccamo | [1973] 2 O.R. 367. | 492 |
| R. v. Canadian Pacific Ltd. | (1976), 32 C.C.C. (2d) 14. | 386 |
| R. v. Canadian Pacific Railway Company | [1971] S.C.R. 821. | 372 |
| R. v. Canadian Vickers Limited | [1978] 2 F.C. 675, 77 D.L.R. (3d) 241. | 560 |
| R. v. Church Knowle | (1837), 7 Ad. & E. 471, 112 E.R. 547. | 395 |
| R. v. Commodore Hotel (Windsor) Ltd. | (1955), 111 C.C.C. 165. | 396 |
| R. v. Cooper | (1971), 3 C.C.C. (2d) 261. | 386 |
| R. v. Cox and Railton | (1884), 14 Q.B.D. 153. | 835 |
| R. v. Criminal Injuries Compensation Board, Ex p. Lain | [1967] 2 Q.B. 864. | 616 |
| R. v. Dass | [1978] 3 W.W.R. 762. | 969 |
| R. v. Davidson | (1975), 24 C.C.C. (2d) 161. | 887 |
| R. v. Davis and Lakehead Bag Co. | (1977), 37 C.R.N.S. 302. | 386 |
| R. v. Décary | [1942] S.C.R. 80. | 343 |
| R. v. Demeter | (1975), 25 C.C.C. (2d) 417. | 775 |
| R. v. Demeter | (1975), 19 C.C.C. (2d) 321. | 973 |
| R. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner, Ex p. Jones | [1962] 2 Q.B. 677. | 1115 |
| R. v. Dominion Stores | (1978), 18 O.R. (2d) 496. | 958 |
| R. v. Duveen | [1913] 2 K.B. 32. | 219 |
| R. v. Eastern Terminal Elevator Co. | [1925] S.C.R. 434. | 854, 937 |
| R. v. Ecker and Fry | (1929), 64 O.L.R. 1. | 398 |
| R. v. Electricity Commissionners, Ex p. London Electricity Joint Committee Company (1920), Limited | [1924] 1 K.B. 171. | 617 |
| R. v. Firth | (1970), 12 C.R.N.S. 184. | 386 |
| R. v. Ford | (1853), 3 U.C.C.P. 209. | 875 |
| R. v. Foster | (1977), 8 A.R. 1. | 775 |
| R. v. Fotti | [1979] 1 W.W.R. 652, 45 C.C.C. (2d) 353. | 589, 1102 |
| R. v. George | [1960] S.C.R. 871. | 1146 |
| R. v. Guidry | [1966] 2 C.C.C. 161. | 574 |
| R. v. Haight | (1976), 30 C.C.C. (2d) 168. | 1023 |
| R. v. Harmer and Miller | (1976), 33 C.C.C. (2d) 17. | 1143 |
| R. v. Harms | (1936), 66 C.C.C. 134. | 1023 |
| R. v. Hatherley | (1971), 4 C.C.C. (2d) 242. | 397 |
| R. v. Higgins | (1977), 1 C.R. (3d) 382. | 574 |
| R. v. Hutchins | (1880), 49 L.J.M.C. 64. | 392 |
| R. v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp, Ex. p. McCaud | [1969] 1 C.C.C. 371. | 626 |
| R. v. J. A. Hughes Construction Limited | (1977), 77 D.L.R. (3d) 92. | 428 |
| R. v. Jennings | [1966] S.C.R. 532. | 815 |
| R. v. Justices of Bodmin, Ex p. McEwen | [1947] 1 K.B. 321. | 1116 |
| R. v. Kemp | [1957] 1 Q.B. 399. | 1155 |
| R. v. Kinch | (1974), 20 C.C.C. (2d) 301. | 386 |
| R. v. Klassen | (1959), 20 D.L.R. (2d) 406. | 938 |
| R. v. Latraverse | (1924), 47 C.C.C. 324. | 1060 |
| R. v. Laycock | [1952] O.R. 908. | 1171 |
| R. v. Légaré | [1978] 1 S.C.R. 275. | 585 |
| R. v. LeFrancois | [1965] 4 C.C.C. 255. | 419 |

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENOI | PAGE |
|---|--|---------------|
| R. v. LeSarge | (1975), 26 C.C.C. (2d) 388. | 228, 238, 997 |
| R. v. Light | (1968), 5 C.R.N.S. 118. | 1056 |
| R. v. Local Government Board | (1882), 10 Q.B.D. 309. | 616 |
| R. v. London Borough of Hillingdon, Ex p. Royco Homes Ltd. | [1974] 2 All E.R. 643. | 620 |
| R. v. Mack | [1976] 1 W.W.R. 657. | 1056 |
| R. v. MacDonald | (1974), 22 C.C.C. (2d) 350. | 478 |
| R. v. MacGregor | (1978), 39 C.C.C. (2d) 401. | 229, 239 |
| R. v. Maika | (1974), 27 C.P.N.S. 115. | 1143 |
| R. v. Manuel | (1960), 33 W.W.R. 406. | 1143 |
| R. v. McDonald | [1970] 3 C.C.C. 426. | 775 |
| R. v. McKenna | [1960] 1 Q.B. 411. | 887 |
| R. v. McKenzie | [1972] S.C.R. 409. | 1147 |
| R. v. Miller & Thomas (No. 1) | (1975), 28 C.C.C. (2d) 94. | 993 |
| R. v. Moore | (1924), 42 C.C.C. 67. | 1061 |
| R. v. More | (1963), 43 W.W.R. 30. | 420 |
| R. v. Moreau | [1979] 1 S.C.R. 261. | 489, 1100 |
| R. v. Morse | (1890), 22 N.S.R. 298. | 1061 |
| R. v. Myshraal | (1971), 4 C.C.C.(2d) 156. | 393 |
| R. v. Nat. Bell Liquors Ltd. | [1922] 2 A.C. 128. | 267 |
| R. v. Noble | [1978] 1 S.C.R. 632. | 226, 233 |
| R. v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal, ex p. Shaw | [1952] 1 K.B. 338. | 196, 268 |
| R. v. O'Brien | [1966] 3 C.C.C. 288. | 1156 |
| R. v. O'Connell | (1977), 1 C.R. (3d) 1. | 386 |
| R. v. Ontario Labour Relations Board, Ex parte Northern Electric Co. Ltd. | [1970] 2 O.R. 654, [1971] 1 O.R. 121. | 122 |
| R. v. Osborne | (1975), 25 C.C.C. (2d) 405. | 386 |
| R. v. Ouellette | [1980] 1 S.C.R. 568. | 1103 |
| R. v. Parsons <i>et al.</i> | (1977), 37 C.C.C. (2d) 497. | 786 |
| R. v. Popovic | [1976] 2 S.C.R. 308. | 42 |
| R. v. Prince | (1963), 40 W.W.R. 234. | 401 |
| R. v. Proudlock | [1979] 1 S.C.R. 525. | 1100 |
| R. v. Quinn | (1897), 2 C.C.C. 153. | 1061 |
| R. v. Rabey | (1977), 37 C.C.C. (2d) 461. | 1157 |
| R. v. Recalla | [1935] O.R. 479. | 879 |
| R. v. Richards | (1937), 69 C.C.C. 289. | 418 |
| R. v. Rivett | (1950), 34 Cr. App. Rep 87. | 1170 |
| R. v. Rosen | (1977), 30 C.C.C. (2d) 565. | 1004 |
| R. v. Ross | (1977), 34 C.C.C. (2d) 483. | 386 |
| R. v. Royal Bank of Canada | [1913] A.C. 283. | 574 |
| R. v. Santinon | (1973), 11 C.C.C. (2d) 121. | 716 |
| R. v. Simpson | (1977), 35 C.C.C. (2d) 337. | 1157 |
| R. v. Smith, Sauvé and George | (1976), 25 C.C.C. (2d) 270. | 1028 |
| R. v. Springfield | (1969), 53 Cr. App. R. 608. | 1144 |
| R. v. St. Pierre | (1974), 17 C.C.C. (2d) 491. | 418 |
| R. v. Stedelbauer Chevrolet Oldsmobile Ltd. | [1974] 6 W.W.R. 362. | 1057 |
| R. v. Stewart and Johnson | (1968), 5 C.R.N.S. 75. | 1028 |
| R. v. Stewart | (1972), 8 C.C.C. (2d) 137. | 775 |

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENOI | PAGE |
|---|---------------------------------|------------------|
| R. v. Stokes | (1917), 29 C.C.C. 144. | 395 |
| R. v. The Leeds and Bradford Railway Company | (1852), 18 Q.B. 343. | 242 |
| R. v. Trinneer | [1970] S.C.R. 638. | 347 |
| R. v. Wray | [1971] S.C.R. 272. | 964 |
| R. v. Wydryk and Wilkie | (1972), 17 C.R.N.S. 336. | 1028 |
| R. v. Yaskowitch | [1938] O.R. 178. | 415 |
| R. v. Zelensky | [1978] 2 S.C.R. 940. | 530 |
| Radio Reference | [1932] A.C. 304. | 944 |
| Ras Behari Lal <i>et al.</i> v. The King-Emperor | (1933), 50 T.L.R. 1. | 884 |
| Rathwell v. Rathwell | [1978] 2 S.C.R. 436. | 17, 23 |
| Redican v. Nesbitt | [1924] S.C.R. 135. | 735 |
| Reed v. Nutt | (1890), 24 Q.B.D. 669. | 396 |
| Reeve Music Co., Inc., and Robbins Music Corporation v. Crest Records, Inc. and Shelley Products Ltd. | (1960), 285 F. 2d 546. | 368 |
| Reference as to the Applicability of Minimum Wage Act (Sask.) to an employee of a Revenue Post Office | [1948] S.C.R. 248. | 866, 1046 |
| Reference as to whether "Indians" in s. 91(24) of the B.N.A. Act includes Eskimo inhabitants of the Province of Quebec | [1939] S.C.R. 104. | 469 |
| Reference re the Anti-Inflation Act | [1976] 2 S.C.R. 373. | 940 |
| Reference re Alberta Statutes | [1938] S.C.R. 100. | 455 |
| Reference Re Agricultural Products Marketing Act | [1978] 2 S.C.R. 1198. | 937, 939 |
| Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act ... | [1955] S.C.R. 529. | 134, 448, 1045 |
| Reference re Ontario Farm Products Marketing Act | [1957] S.C.R. 198. | 920, 938 |
| Registrar of Trade Marks v. Hardie | [1949] S.C.R. 483. | 113 |
| Regulation and Control of Aeronautics in Canada | [1932] A.C. 54. | 71 |
| Republic of Costa Rica v. Erlanger | [1876] 3 Ch. D. 62. | 235 |
| Rexair of Canada Limited v. The Queen | [1958] S.C.R. 577. | 372 |
| Richview Construction Co. Ltd. v. Raspa | (1975), 11 O.R. (2d) 377. | 733 |
| Rickwood v. Town of Aylmer | (1957), 8 D.L.R. (2d) 702. | 705, 712 |
| Ridge v. Baldwin | [1962] 1 All E.R. 834. | 1113 |
| Ridge v. Baldwin | [1964] A.C. 40. | 617 |
| Rimmer v. Rimmer | [1952] 2 All E.R. 863. | 27 |
| Ringrose v. College of Physicians and Surgeons of Alberta | [1977] 1 S.C.R. 814. | 1110 |
| Riordon Co. v. Danforth Co. | [1923] S.C.R. 319. | 42 |
| Robillard v. The Sailing Sloop St. Roch and Charland | (1921), 21 Ex. C. R. 132. | 564 |
| Rogers v. Richmond | 365 U.S. 534 (1961). | 968 |
| Roper v. Executive of Medical Board of Royal Victoria Hospital ... | [1975] 2 S.C.R. 62. | 613 |
| Rosen v. The Queen | [1980] 1 S.C.R. 961. | 979, 1006 |
| Rothberg v. Olenik | 262 A. 2d 461 (1970). | 729 |
| Royal Bank of Canada v. Rex | [1913] A.C. 283. | 573 |
| Royal Securities Corp. Ltd. v. Montreal Trust Co. | [1967] 1 O.R. 137. | 152 |
| Royal Trust Co. v. Montex Apparel Industries Ltd. | [1972] 3 O.R. 132. | 1194, 1213 |
| Royal Trust Co. v. Montex Apparel Industries Ltd. | [1972] 2 O.R. 673. | 1199, 1211, 1213 |
| Royal Trust Company v. McMurray and Crawford | [1955] S.C.R. 184. | 1067 |
| Rozon v. The King | [1951] S.C.R. 248. | 343 |
| Russell v. Duke of Norfolk | [1949] 1 All E.R. 109. | 631, 1113 |
| Russell v. The Queen | (1882), 7 A.C. 829. | 573, 932 |

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENOI | PAGE |
|---|-------------------------|------|
| Russian Commercial and Industrial Bank v. British Bank for Foreign Trade Ltd..... | [1921] 2 A.C. 438. | 831 |
| Rustad v. The Queen | [1965] S.C.R. 555. | 163 |
| Rutherford, Re..... | [1933] O.R. 707. | 1073 |

S

| | | |
|---|---|-----------------|
| Sambasivam v. Public Prosecutor, Federation of Malaya | [1950] A.C. 458. | 802 |
| Schabas and Caput of the University of Toronto, Re..... | (1974), 52 D.L.R. (3d) 495. | 1122 |
| Schipper v. Levitt & Sons Inc. | 207 A. 2d 314 (1965).728 | |
| Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs..... | [1969] 2 Ch. 149. | 618 |
| Schmidt v. The King | [1945] S.C.R. 438. | 338 |
| Schwartz v. The Queen | [1977] 1 S.C.R. 673. | 529, 1126, 1153 |
| Schweppes Ltd. v. Gibbens..... | (1905), 22 R.P.C. 601. | 954 |
| Scott-Polson v. Hope | (1958), 14 D.L.R. (2d) 333. | 727 |
| Sealfon v. United States | (1948), 332 U.S. 575. | 802 |
| Selvarajan v. Race Relations Board..... | [1976] 1 All E.R. 12. | 624 |
| Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association..... | [1975] 1 S.C.R. 382. | 274 |
| Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board..... | [1938] A.C. 708. | 920 |
| Sheaffer Pen Company of Canada Limited v. Minister of National Revenue..... | (1953), 53 D.T.C. 1223. | 1215 |
| Shehousky v. Shehousky | (1974), 17 R.F.L. 269. | 28 |
| Shields' Estate, In re | [1901] 1 Ir. R. 172. | 462 |
| Silver v. The Sloop Silver Cloud..... | (1966), 259 F. Supp. 187. | 562 |
| Silver Brothers Ltd., In re..... | [1932] A.C. 514. | 44 |
| Sinclair v. The King..... | (1946), 73 C.L.R. 316. | 716 |
| Sivaco Wire and Nail Company v. Atlantic Lines & Navigation Company Inc..... | [1978] 2 F.C. 720, 78 D.L.R. (3d) 529. | 560 |
| Smith v. Melançon..... | [1976] 4 W.W.R. 9. | 727 |
| Société des Hôtels Méridien Canada Limitée v. Le Tribunal du Travail <i>et al.</i> | C.A.M. 500-09-000292-797. | 545 |
| St. Lawrence Investment and Trust Co., Sun Life Assurance v. Brown, Re..... | (1937), 63 Qué. K.B. 546. | 40 |
| St-Pierre v. The Queen | (1965), 47 C.R. 213. | 1058 |
| Stavroff v. The Queen | [1980] 1 S.C.R. 411. | 1138 |
| Stein v. The King | [1928] S.C.R. 553. | 341 |
| Steinberg's Limitée v. Comité Paritaire de l'Alimentation | [1968] S.C.R. 163. | 598 |
| Stevenson v. Reliance Petroleum Limited; Reliance Petroleum Limited v. Canadian General Insurance Company | [1956] S.C.R. 936. | 893, 901 |
| Stevenson v. Stevenson | (1974), 15 R.F.L. 248. | 26, 28 |
| Stimpson v. Emmerson | (1847), 9 L.T. (O.S.) 199. | 214 |
| Supertest Petroleum v. Jacques-Cartier Automobile Inc. and Shink | [1963] Qué. Q.B. 336. | 39, 50 |
| Surtees v. Ellison | (1829), 9 B. & C. 750. | 241 |
| Switzman v. Elbling..... | [1957] S.C.R. 285. | 530 |
| Syndicat des professeurs du CEGEP du Vieux-Montréal v. CEGEP du Vieux-Montréal..... | [1977] 2 S.C.R. 568. | 750, 757, 911 |

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENVOI | PAGE |
|--|--|-----------|
| T | | |
| T.A.D. Avanti, Inc. v. Phone-Mate, Inc. | (1978), 199 USPQ 648. | 113 |
| Taylor v. Barnett | [1953] 1 All E.R. 843. | 203 |
| Taylor v. The King | [1947] S.C.R. 462. | 1023 |
| Tennant v. Union Bank of Canada | [1894] A.C. 31. | 467 |
| Thompson v. Thompson | [1961] S.C.R. 3. | 26 |
| Toronto v. Thompson | [1930] S.C.R. 120. | 183 |
| Toronto Electric Commissioners v. Snider | [1925] A.C. 396. | 934, 1045 |
| Treasurer of Ontario v. Blonde and Treasurer of Ontario v. Aberdeen | [1947] A.C. 24. | 573 |
| Trenholm v. Attorney-General of Ontario | [1940] S.C.R. 301. | 1056 |
| Tropwood A.G. and the Owners of the Vessel Tropwood v. Sivaco Wire & Nail Company and Atlantic Lines & Navigation Company, Inc. | [1979] 2 S.C.R. 157. | 560 |
| Tunncliffe v. Tedd | (1848), 5 C.B. 553, 136 E.R. 995. | 395 |
| Turner v. Pilot Life Insurance Co. | 120 S.E. 2d 223. | 156 |
| Turney v. Zhilka | [1959] S.C.R. 578. | 170, 173 |
| U | | |
| Union Carbide Canada Limited v. Weiler <i>et al.</i> | [1968] S.C.R. 966. | 271 |
| Union Colliery Company of British Columbia v. Bryden | [1899] A.C. 580. | 448, 1048 |
| United Dominions Trust v. Kirkwood | [1966] 1 All E.R. 968. | 459 |
| United Last Company Ltd. v. Tribunal du travail | [1973] R.D.T. 423. | 540 |
| United States of America v. John Elbert Ransom <i>et al.</i> | 515 F. 2d 885 (1975). | 974 |
| United States of America v. Ryan <i>et al.</i> | 548 F. 2d 782 (1976). | 974 |
| United States v. Baker | 430 F. 2d 499 (1970). | 969 |
| United States v. Osser | 483 F. 2d 727 (1973). | 969 |
| United States v. Silva | 449 F. 2d 145 (1971). | 969 |
| United States Court of America v. Frank John Bonanno | 487 F. 2d 654 (1973). | 974 |
| United Steelworkers and Aerocide Dispensers Ltd. | (1965) 16 L.A.C. 57. | 544 |
| Upper Canada College v. Smith | (1920), 61 S.C.R. 413. | 238 |
| V | | |
| Vaithinatha Pillai v. The King-Emperor | (1913), 29 T.L.R. 709. | 572 |
| Validity of s. 5(a) of the Dairy Industry Act, Re | [1949] S.C.R. 1. | 866, 933 |
| Valin v. Langlois | (1879), 3 S.C.R. 1. | 707 |
| Vandal v. Ambulance "Paul Georges Godin Ltée" Ambulancia/Ouest-Montréal Ltée | [1976] T.T. 141. | 542 |
| Vaughton v. Bradshaw | (1860), 9 C.B. (N.S.) 103, 142 E.R. 40. .. | 396 |
| Vehicles Act 1957 (Sask.) s. 92(4), In re | [1958] S.C.R. 608. | 967 |
| Village of Crystal Beach v. The Township of Bertie | [1954] O.W.R. 441. | 518 |
| Ville de St-Jean v. Molleur | (1908), 40 S.C.R. 139. | 753 |

| NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED RENOI | PAGE |
|--|--------------------------------|----------|
| W | | |
| Walker v. The King | [1939] S.C.R. 214. | 969 |
| Ward v. The Queen | [1979] 2 S.C.R. 30. | 716 |
| Welch v. R. | [1950] S.C.R. 412. | 398 |
| Weymss v. Hopkins | (1875), 10 L.R. Q.B. 378. | 387 |
| Wild v. The Queen | [1971] S.C.R. 101. | 1102 |
| Wiley v. Wiley | (1971), 6 R.F.L. 36. | 28 |
| Wiltshire v. Barrett | [1966] 1 Q.B. 312. | 1194 |
| Wolff v. McDonnell | 418 U.S. 539 (1974). | 628 |
| Woodhouse, In re | [1941] Ch. 332. | 1074 |
| Wright, McDermott and Feeley v. The Queen | [1963] S.C.R. 539. | 802 |
| Z | | |
| Zeller's (Western) Limited v. Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 955 <i>et al.</i> | [1975] 1 S.C.R. 376. | 272, 911 |

Four B Manufacturing Limited *Appellant*;

and

United Garment Workers of America and Ontario Labour Relations Board

Respondents;

and

Chief Donald R. Brant and a group of individual employees *Intervenors*.

1979: June 20, 21; 1979: December 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Labour relations — Indians — Distribution of legislative authority — Provincial corporation manufacturing on Indian reserve under permit — Owned by Indian Band members and employing mainly Band members — Certification of union by Provincial Labour Relations Board — The Labour Relations Act, R.S.O. 1970, c. 232 — Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6 — Canada Labour Code, s. 108.

Constitutional law — Indians — Indian owned provincial company manufacturing on Indian Reserve — Employees largely Band members — The Labour Relations Act, R.S.O. 1970, c. 232 — Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6 — Canada Labour Code, s. 108.

Appellant *Four B*, incorporated under the laws of Ontario and carrying on business on an Indian Reserve established under the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, was owned by four brothers named Brant, all members of the Band. Its business was the production of leather shoe uppers on contract for Bata Shoe Co. It was in no way controlled by the Band Council but occupied premises on the Reserve on a three year renewable permit. The company received from the Government of Canada some \$284,000, of which \$51,000 was a grant and the remainder a loan, under various Indian Affairs programs. At the relevant time *Four B* employed 68 persons (48 Band members, 10 former Band members and 10 non-Indians). The issue was whether the provincial *Labour Relations Act* (R.S.O. 1970, c. 232) applied to the activities of the company, and arose as a result of the certification of the respondent union on January 27, 1977, as bargaining agent for the company's production

Four B Manufacturing Limited *Appelante*;

et

Les Travailleurs unis du vêtement d'Amérique et la Commission des relations de travail de l'Ontario *Intimés*;

et

Le chef Donald R. Brant et certains employés *Intervenants*.

1979: 20, 21 juin; 1979: 21 décembre.

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

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

Relations de travail — Indiens — Répartition du pouvoir législatif — Compagnie provinciale de fabrication sur une réserve indienne en vertu d'un permis — Propriété de membres d'une bande indienne employant principalement des membres de la bande — Accréditation du syndicat par la Commission des relations de travail de l'Ontario — The Labour Relations Act, R.S.O. 1970, chap. 232 — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6 — Code canadien du travail, art. 108.

Droit constitutionnel — Indiens — Compagnie provinciale de fabrication propriété d'Indiens sur une réserve indienne — La plupart des employés membres de la bande — The Labour Relations Act, R.S.O. 1970, chap. 232 — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6 — Code canadien du travail, art. 108.

L'appelante *Four B*, constituée en vertu des lois de l'Ontario et exploitant une entreprise sur une réserve indienne établie en conformité de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6, est la propriété des quatre frères Brant, tous membres de la bande. Son entreprise consiste à produire, sous contrat, des empeignes de cuir pour Bata Shoe Co. Elle n'est en aucune façon sous la direction du conseil de bande, mais elle occupe des locaux sur la réserve conformément à un permis de trois ans renouvelable. La compagnie a reçu du gouvernement du Canada quelque \$284,000 dont \$51,000 à titre de subvention et le solde à titre de prêt, conformément à divers programmes des Affaires indiennes. A l'époque pertinente, *Four B* employait 68 personnes (48 membres de la bande, 10 anciens membres et 10 non-Indiens). La question en litige, qui est de savoir si *The Labour Relations Act* provinciale (R.S.O. 1970, chap. 232) s'applique à l'activité de la compagnie, résulte de l'ac-

employees under that provincial Act. The Ontario Labour Relations Board held that the provincial Act applied without the need to resort to federal enabling legislation and the Board's decision was affirmed, on an application for judicial review, by both the Divisional Court and the Court of Appeal.

Held (Laskin C.J. and Ritchie J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte and McIntyre JJ.: With respect to labour relations, exclusive provincial legislative competence is the rule, exclusive federal competence is the exception. The exception comprises, in the main, labour relations in undertakings, services and businesses which can be characterized as federal. There is nothing in the business or operation of *Four B* which might allow it to be so characterized as a federal business: the sewing of uppers on sport shoes is an ordinary industrial activity clearly under provincial legislative authority for the purposes of labour relations. Neither the ownership of the business by Indian shareholders, nor the employment of a majority of Indian employees, nor the carrying on of that business on the Indian reserve, nor the federal loan and subsidies, taken separately or together, can have any effect on the *operational nature* of that business. By both the traditional and functional tests therefore, *The Labour Relations Act* of Ontario applies on the facts here, and the Ontario Labour Relations Board has jurisdiction. Section 108 of the *Canada Labour Code* is directed at federal activities, operations or functions and not at the position of individuals, such as Indians, who might be considered to be "federal" persons or at their relationships.

Per Laskin C.J. and Ritchie J., *dissenting*: Sections 18 and 28 of the *Indian Act*, taken with ss. 20(1) and 30, whose constitutionality is beyond question, and their projection into the permit to *Four B* to have its factory on the Reserve, manifest an exercise of federal legislative authority in maintaining the Reserve for the use and benefit of Indians who are members of the Band for which the reserve has been set apart. The permission to operate the factory reflects the "use and benefit" to which s. 18 of the *Indian Act* and supporting provisions refer.

The incorporation of the appellant *Four B* under Ontario legislation did not change the situation. That incorporation did no more than give the Brant brothers, the only shareholders, a convenient method of carrying

créditation du syndicat intimé, le 27 janvier 1977, à titre d'agent négociateur pour les employés de production de la compagnie en vertu de cette loi provinciale. La Commission des relations de travail de l'Ontario a décidé que la loi provinciale s'appliquait sans qu'il soit nécessaire de recourir à une disposition législative fédérale habilitante. Sa décision a été confirmée par la Cour divisionnaire et par la Cour d'appel, sur une demande d'examen judiciaire.

Arrêt (le juge en chef Laskin et le juge Ritchie sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Martland, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte et McIntyre: En ce qui a trait aux relations de travail, la compétence législative provinciale exclusive est la règle, la compétence fédérale exclusive est l'exception. L'exception comprend, principalement, les relations de travail relatives aux entreprises, services et affaires qui peuvent être qualifiés de fédéraux. Rien dans l'affaire ou l'exploitation de *Four B* ne pourrait permettre de la qualifier d'affaire de compétence fédérale: la couture d'empeignes sur des souliers de sport est une activité industrielle ordinaire qui relève nettement du pouvoir législatif provincial sur les relations de travail. Ni la propriété de l'entreprise par des actionnaires indiens, ni l'embauchage d'une majorité d'employés indiens, ni l'exploitation de cette entreprise sur une réserve indienne, ni le prêt et les subventions du fédéral, pris séparément ou ensemble, ne peuvent avoir d'effet sur la *nature de l'exploitation* de cette entreprise. Donc, compte tenu du critère fonctionnel et traditionnel, *The Labour Relations Act* de l'Ontario s'applique aux présents faits et la Commission des relations de travail de l'Ontario a compétence. L'article 108 du *Code canadien du travail* vise des activités, des opérations ou des fonctions fédérales et non la situation de personnes, telles les Indiens, qui pourraient être considérées comme des personnes «fédérales», ni leurs relations.

Le juge en chef Laskin et le juge Ritchie, *dissidents*: Les articles 18 et 28 de la *Loi sur les Indiens*, ainsi que le par. 20(1) et l'art. 30, dont la constitutionnalité ne fait aucun doute, et leur prolongement dans le permis accordé à *Four B* pour établir son usine sur la réserve, constituent une manifestation du pouvoir législatif fédéral pour maintenir la réserve à l'usage et au profit des Indiens membres de la bande pour laquelle la réserve a été mise de côté. Le permis d'exploiter l'usine traduit «l'usage et le profit» dont parle l'art. 18 de la *Loi sur les Indiens* et les dispositions connexes.

La constitution de la compagnie appelante *Four B* en vertu des lois de l'Ontario ne change pas la situation. Cette constitution en compagnie ne fait rien de plus que de donner aux frères Brant, qui sont les seuls actionnai-

on a business operated by Indians for the benefit of Indians. That the company, *qua* company, is governed by Ontario legislation in respect of its corporate structure does not mean that its business is also subject to provincial legislation, as for example in respect of labour relations. The governing document in this respect is the permit agreement authorized by s. 18 of the *Indian Act*.

In this case the proper inquiry is not whether the Ontario *Labour Relations Act* applied to the enterprise of *Four B* and its employees, but rather whether Part V of the *Canada Labour Code* applies. The combination of circumstances in the present case bring it squarely within ss. 2 and 108(1) of that Code. The factory is operated by Indians for Indians, on a reserve in a building leased from the Band Council, under a revocable licence from the responsible federal Minister, is financed by federal funds under the special Indian Economic Development Fund and is operated under the detailed provisions in the *Indian Act* and under the approvals therein prescribed.

[*Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396; *In the matter of a reference as to the validity of the Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529; *In the matter of a reference as to the application of the Minimum Wage Act of Saskatchewan to an employee of a Revenue Post Office*, [1948] S.C.R. 248; *Commission du Salaire Minimum v. The Bell Telephone Company of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *Agence Maritime Inc. v. Canada Labour Relations Board*, [1969] S.C.R. 851; *The Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers*, [1975] 1 S.C.R. 178; *Canada Labour Relations Board, Public Service Alliance of Canada v. City of Yellowknife*, [1977] 2 S.C.R. 729; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Union Colliery Company of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580; *Cardinal v. A.-G (Alta.)*, [1974] S.C.R. 695, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario affirming a judgment of the Divisional Court¹ on an application for judicial review. Appeal dismissed with costs to the respondents, no order as to costs to or against the intervenors or the respondent Ontario Labour Relations Board, Laskin C.J. and Ritchie J. dissenting.

¹ (1977), 17 O.R. (2d) 80.

res, un moyen pratique de gérer une affaire exploitée par des Indiens au profit de ces derniers. Que la compagnie, en tant que telle, soit régie par le droit ontarien du point de vue de sa structure, ne signifie pas que son activité y soit également assujettie, par exemple, à l'égard des relations de travail. Le document de base à ce sujet est l'accord relatif au permis autorisé par l'art. 18 de la *Loi sur les Indiens*.

En l'espèce, il ne faut pas se demander si *The Labour Relations Act* de l'Ontario s'applique à l'entreprise de *Four B* et à ses employés, mais si la Partie V du *Code canadien du travail* s'y applique. La combinaison des éléments en l'espèce fait qu'elle relève clairement de l'art. 2 et du par. 108(1) de ce Code. L'usine est exploitée par des Indiens pour eux, sur une réserve, dans un bâtiment loué du conseil de bande, en vertu d'un permis révocable du ministre fédéral responsable; elle est financée par des fonds fédéraux du Fonds d'aide à l'économie des Indiens et est exploitée conformément aux dispositions détaillées de la *Loi sur les Indiens* et aux autorisations y prescrites.

[Jurisprudence: *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396; *Dans l'affaire d'un renvoi relatif à la validité de la Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends de travail*, [1955] R.C.S. 529; *Dans l'affaire d'un renvoi relatif à l'application de la Loi du salaire minimum de la Saskatchewan à un employé d'un bureau de poste à commission*, [1948] R.C.S. 248; *Commission du Salaire minimum c. Bell Canada*, [1966] R.C.S. 767; *Agence Maritime Inc. c. Conseil Canadien des Relations Ouvrières* [1969] R.C.S. 851; *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 178; *Le Conseil canadien des relations de travail, l'Alliance de la Fonction publique du Canada c. Ville de Yellowknife*, [1977] 2 R.C.S. 729; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Union Colliery Company of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580; *Cardinal c. P.g. (Alb.)*, [1974] R.C.S. 695.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a confirmé le jugement de la Cour divisionnaire¹ sur une demande d'examen judiciaire. Pourvoi rejeté avec dépens en faveur des intimés, aucune adjudication de dépens en faveur ou contre les intervenants ou l'intimée la Commission des relations de travail de l'Ontario, le juge en chef Laskin et le juge Ritchie étant dissidents.

¹ (1977), 17 O.R. (2d) 80.

Burt Kellock, Q.C., and *J. T. Beamish*, for the appellant.

Robert J. Reynolds, for the intervenant group of individual employees.

Ronald W. Cass, Q.C., for the intervenant Chief Donald R. Brant.

Paul Cavalluzzo, for the respondent Union.

Ian Scott, Q.C., and *Harry Freedman*, for the respondent Ontario Labour Relations Board.

The reasons of Laskin C.J. and Ritchie J. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—The appellant is an incorporated Ontario company which operates a factory on a designated portion of an Indian reserve, pursuant to a permit for use and occupation of the area given by the Minister of Indian Affairs and Northern Development under s. 28(2) of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6. The Reserve is one set apart for the use and benefit of the Mohawks of the Bay of Quinte Band of Indians.

The factory produces leather shoe uppers as a subcontractor of the Bata Shoe Co. The appellant company employs in the main Band members, but also has some former Band members and some non-Indians among its employees. The issue in this appeal arises as a result of the certification of the respondent Union on January 27, 1977 as bargaining agent for the production employees of the appellant company under the *Ontario Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, c. 232. The contention of the appellant company, shortly put, is that the Ontario Labour Relations Board had no jurisdiction to make the certification order under a provincial statute because, under the circumstances, to which I will refer, the labour relations of the appellant company and its employees are within exclusive federal competence under s. 91(24) of the *British North America Act*, and are either governed by Part V of the *Canada Labour Code*, as enacted by 1972 (Can.), c. 18 and, if not, are in any event not subject to provincial labour relations legislation.

Burt Kellock, c.r., et *J. T. Beamish*, pour l'appelante.

Robert J. Reynolds, pour les intervenants, certains employés.

Ronald W. Cass, c.r., pour l'intervenant, le chef Donald R. Brant.

Paul Cavalluzzo, pour le syndicat intimé.

Ian Scott, c.r., et *Harry Freedman*, pour l'intimée, la Commission des relations de travail de l'Ontario.

Version française des motifs du juge en chef Laskin et du juge Ritchie rendus par

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—L'appelante est une compagnie constituée en vertu des lois de l'Ontario qui exploite une usine sur une partie désignée d'une réserve indienne en conformité d'un permis d'utilisation et d'occupation des lieux, délivré par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien en vertu du par. 28(2) de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6. La réserve a été mise de côté à l'usage et au profit de la bande indienne Mohawks de la Baie de Quinte.

L'usine produit des empeignes de cuir à titre de sous-traitant de Bata Shoe Co. La compagnie appelante emploie principalement des membres de la bande, mais également d'anciens membres de la bande et des non-Indiens. Le présent litige résulte de l'accréditation du syndicat intimé, le 27 janvier 1977, à titre d'agent négociateur pour les employés de production de la compagnie appelante en vertu de *The Labour Relations Act* de l'Ontario, R.S.O. 1970, chap. 232. En résumé, la compagnie appelante soutient que la Commission des relations de travail de l'Ontario n'est pas compétente pour rendre l'ordonnance d'accréditation en vertu de la loi provinciale parce que dans les circonstances, sur lesquelles je reviendrai, les relations de travail de la compagnie appelante et de ses employés relèvent de la compétence exclusive du fédéral en vertu du par. 91(24) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*; elles sont régies par la Partie V du *Code canadien du travail*, 1972 (Can.), chap. 18, et, sinon, elles ne sont de toute façon pas assujetties aux dispositions législatives provinciales en matière de relations de travail.

The issue of its jurisdiction to entertain a certification application in respect of the employees of the appellant company was canvassed by the Ontario Labour Relations Board in extensive reasons, and the Board concluded that the Ontario *Labour Relations Act* was applicable of its own force and without the need to resort to federal enabling legislation such as found in s. 88 of the *Indian Act*. This result was affirmed by a majority of the Ontario Divisional Court, speaking through Morden J., with whom Robins J. concurred. Weatherston J., as he then was, dissented. The Ontario Court of Appeal accepted the majority judgment of the Ontario Divisional Court without finding it necessary to give other written reasons.

The organization of the appellant company was promoted by the federal Department of Indian Affairs as a result of the interest of the Bata Company in establishing a factory in the area. Although the Band Council thought well of an Indian-operated factory on the Reserve, which would give employment to Indians, the majority of those on the Reserve were concerned about taxability of the Reserve lands if the Band owned the proposed company. In the result, four Brant brothers, who were Band members, decided to make the venture their private affair and they leased a building on the Reserve from the Band Council and had the company incorporated on June 28, 1974. Financial assistance was obtained from the federal government. Its permission as well as that of the Band Council was necessary to enable the company to carry on factory operations on the Reserve. A formal document of permission, with various conditions therein, was executed on October 9, 1974 as an agreement between the Crown in right of Canada and the appellant company, the agreement also reciting the approval of the Council of the Band.

In addition to defining the area of the Reserve where the factory would be operated, the permit agreement provided only for use and occupation for a three-year period with the possibility of renewal of the licence of occupation for two further three-year periods to be allowed by the Minis-

Dans ses motifs, la Commission des relations de travail de l'Ontario a longuement analysé sa compétence pour connaître d'une requête en accréditation relative aux employés de la compagnie appelante et elle a conclu que *The Labour Relations Act* de l'Ontario s'appliquait d'elle-même sans qu'il soit nécessaire de recourir à une disposition législative fédérale habilitante comme l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. La Cour divisionnaire de l'Ontario, à la majorité, a confirmé cette conclusion, par la voix du juge Morden aux motifs duquel le juge Robins a souscrit. Le juge Weatherston, tel était alors son titre, a exprimé un avis dissident. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé le jugement majoritaire de la Cour divisionnaire de l'Ontario sans juger nécessaire de rendre d'autres motifs écrits.

Comme la compagnie Bata était intéressée à installer une usine dans la région, le ministère fédéral des Affaires indiennes a encouragé l'établissement de la compagnie appelante. Même si le conseil de bande était favorable à l'idée d'une usine exploitée par des Indiens sur la réserve, ce qui devait créer des emplois pour les Indiens, la majorité des habitants de la réserve s'inquiétait de l'assujettissement à l'impôt des terres de la réserve si la bande était propriétaire de la compagnie projetée. Finalement, les quatre frères Brant, des membres de la bande, ont décidé de se lancer eux-mêmes en affaires; ils ont loué au conseil de bande un bâtiment situé sur la réserve et ont constitué la compagnie le 28 juin 1974. Ils ont obtenu une aide financière du gouvernement fédéral. Ce dernier de même que le conseil de bande devaient autoriser la compagnie à exploiter l'usine sur la réserve. L'acte officiel de permission, contenant plusieurs conditions, a été signé le 9 octobre 1974; il s'agit d'un accord entre Sa Majesté du chef du Canada et la compagnie appelante et le consentement du conseil de bande y est mentionné.

En plus de décrire la zone de la réserve où l'usine serait exploitée, l'accord précise que le permis d'usage et d'occupation n'est valide que pour trois ans et que le Ministre, en consultation avec le conseil de bande, pourra le renouveler pour deux autres termes de trois ans. L'accord spécifie

ter in consultation with the Band Council. The agreement was express that no tenancy was created. In addition, it provided for payment of a fee for the permit period. Article 5 of the agreement reserved to the Minister the discretionary power to cancel the permit. The article is in these terms:

5. That this Permit may be cancelled by the Minister by a notice in writing, giving the Permittee such notice as may be considered reasonable in the discretion of the Minister; provided, however that such cancellation shall not thereby prejudice Her Majesty's right to recover from the Permittee the fee accrued or accruing or any right of action arising from, under or in respect of this Permit.

Articles 8 and 10 are also of significance, as appears from their provisions which are as follows:

8. That the Permittee will give preference in employment to local people for work in the permit area, however, if there are not sufficient applications from local area, the Permittee shall have the right to request assistance from Canada Manpower to fill the staff requirements from the surrounding districts.

10. That the Permittee shall during the currency of this permit at its own expense promptly observe, perform, execute and comply with all applicable laws, rules, requirements, orders, directions, ordinances and regulations of every authority having competence to institute laws, rules and regulations in respect of the permit area or the use thereof.

The concluding provision of the agreement, not numbered, reads:

IT IS FURTHER AGREED that this permit shall be subject to the provisions of the *Indian Act* and *Regulations* established thereunder, which may be now in force or which may hereafter be made and established from time to time in that behalf by the Governor in Council.

In my opinion, if the Band Council or any Indians, members of the Band, were to carry on a business on the Reserve, which would have to be with the consent of the Minister and the Band Council, as provided by ss. 18 and 28 of the *Indian Act*, and were to employ only Indians on the Reserve as employees, it would be beyond question that provincial labour relations legislation could not constitutionally be applicable to the employees and their employer. It would not matter in such a

qu'il ne crée aucun droit sur le bien-fonds. En outre, il prévoit le paiement de droits pour la durée du permis. L'article 5 de l'accord réserve au Ministre le pouvoir discrétionnaire d'annuler le permis en ces termes:

[TRADUCTION] 5. Que ce permis peut être annulé par le Ministre sur préavis écrit donnant au titulaire le délai que le Ministre estime raisonnable; cette annulation ne doit cependant pas préjudicier au droit de Sa Majesté de recouvrer du titulaire les droits échus ou à échoir ni à quelque droit d'action découlant de ce permis ou y ayant trait.

Les articles 8 et 10 sont également importants comme il appert de leur texte que voici:

[TRADUCTION] 8. Que le titulaire embauche de préférence des gens de l'endroit pour travailler dans la zone autorisée; cependant, s'il n'y a pas suffisamment de demandes de la part des gens de l'endroit, le titulaire est autorisé à demander l'aide du Centre de main-d'œuvre du Canada afin d'embaucher du personnel des districts environnants.

10. Que, pendant la durée de ce permis, le titulaire doit, à ses propres frais, observer et appliquer toutes les lois, règles, exigences, ordres, directives, ordonnances et règlements édictés par toute autorité ayant le pouvoir d'établir des lois, règles et règlements relativement à la zone autorisée ou à son utilisation.

La disposition finale de l'accord, non numérotée, se lit comme suit:

[TRADUCTION] IL EST EN OUTRE CONVENU que le présent permis est assujéti aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* et du règlement établi sous son régime, en vigueur actuellement ou établi à ce titre dans l'avenir par le gouverneur en conseil.

A mon avis, si le conseil de bande ou des Indiens, membres de la bande, devaient exploiter une entreprise sur la réserve, ce qui nécessiterait le consentement du Ministre et du conseil de bande, conformément aux art. 18 et 28 de la *Loi sur les Indiens*, et ne devaient employer que des Indiens vivant sur la réserve, il serait incontestable que la législation provinciale relative aux relations de travail serait constitutionnellement inapplicable aux employés et à leur employeur. Il importerait peu,

case if there was no federal legislation which could be invoked by the employees to form a trade union to seek certification on their behalf. The reason for this conclusion is simply that the activity involves only Indians on a reserve, as employees and employer, and is conducted by them on the Reserve. Nothing either in *Cardinal v. Attorney General of Alberta*² or in *Natural Parents et al. v. Superintendent of Child Welfare*³ militates against this conclusion.

Sections 18 and 28 read as follows:

18. (1) Subject to this Act, reserves are held by Her Majesty for the use and benefit of the respective bands for which they were set apart; and subject to this Act and to the terms of any treaty or surrender, the Governor in Council may determine whether any purpose for which lands in a reserve are used or are to be used is for the use and benefit of the band.

(2) The Minister may authorize the use of lands in a reserve for the purpose of Indian schools, the administration of Indian affairs, Indian burial grounds, Indian health projects or, with the consent of the council of the band, for any other purpose for the general welfare of the band, and may take any lands in a reserve required for such purposes, but where an individual Indian, immediately prior to such taking, was entitled to the possession of such lands, compensation for such use shall be paid to the Indian, in such amount as may be agreed between the Indian and the Minister, or, failing agreement, as may be determined in such manner as the Minister may direct.

28. (1) Subject to subsection (2), a deed, lease, contract, instrument, document or agreement of any kind whether written or oral, by which a band or a member of a band purports to permit a person other than a member of that band to occupy or use a reserve or to reside or otherwise exercise any rights on a reserve is void.

(2) The Minister may by permit in writing authorize any person for a period not exceeding one year, or with the consent of the council of the band for any longer period, to occupy or use a reserve or to reside or otherwise exercise rights on a reserve.

² [1974] S.C.R. 695.

³ [1976] 2 S.C.R. 751.

dans un tel cas, qu'il n'existe aucune législation fédérale que pourraient invoquer les employés voulant former un syndicat qui demanderait son accréditation pour les représenter. La raison en est simplement que l'activité implique uniquement des Indiens d'une réserve, à titre d'employés et d'employeur, et qu'ils l'exercent sur la réserve. Rien dans l'arrêt *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*² ni dans l'arrêt *Parents naturels et autres c. Superintendent of Child Welfare*³ ne milite contre cette conclusion.

Voici le texte des art. 18 et 28:

18. (1) Sauf les dispositions de la présente loi, Sa Majesté détient des réserves à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté; et, sauf la présente loi et les stipulations de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si tout objet, pour lequel des terres dans une réserve sont ou doivent être utilisées, se trouve à l'usage et au profit de la bande.

(2) Le Ministre peut autoriser l'utilisation de terres dans une réserve aux fins des écoles indiennes, de l'administration d'affaires indiennes, de cimetières indiens, de projets relatifs à la santé des Indiens, ou, avec le consentement du conseil de la bande, pour tout autre objet concernant le bien-être général de la bande, et il peut prendre toutes terres dans une réserve, nécessaires à ces fins, mais lorsque, immédiatement avant cette prise, un Indien particulier avait droit à la possession de ces terres, il doit être versé à cet Indien, pour un semblable usage, une indemnité d'un montant dont peut convenir l'Indien et le Ministre, ou, à défaut d'accord, qui peut être fixé de la manière que détermine ce dernier.

28. (1) Sous réserve du paragraphe (2), est nul un acte, bail, contrat, instrument, document ou accord de toute nature, écrit ou oral, par lequel une bande ou un membre d'une bande est censé permettre à une personne, autre qu'un membre de cette bande, d'occuper ou utiliser une réserve ou de résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.

(2) Le Ministre peut, au moyen d'un permis par écrit, autoriser toute personne, pour une période d'au plus un an, ou, avec le consentement du conseil de la bande, pour toute période plus longue, à occuper ou utiliser une réserve, ou à résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.

² [1974] R.C.S. 695.

³ [1976] 2 R.C.S. 751.

Notice should also be taken of ss. 20(1) and 30 which are in these terms:

20. (1) No Indian is lawfully in possession of land in a reserve unless, with the approval of the Minister, possession of the land has been allotted to him by the council of the band.

30. A person who trespasses on a reserve is guilty of an offence and is liable on summary conviction to a fine not exceeding fifty dollars or to imprisonment for a term not exceeding one month, or to both.

It appears to me that the foregoing statutory provisions, whose constitutionality is beyond question, and their projection in the permit agreement to which I have referred, manifest an exercise of federal legislative authority in maintaining the Reserve for the use and benefit of Indians who are members of the Band for which the Reserve has been set apart. The permission to operate a factory on the Reserve in a building leased from the Band Council, having regard to the terms of the permit, reflects the use and benefit to which s. 18 of the *Indian Act* and supporting provisions refer.

This brings me to consider whether the incorporation of the appellant company under Ontario legislation changes the situation. In my opinion, the incorporation does no more than give the Brant brothers, who are the only shareholders of the appellant company, a convenient method of carrying on a business which is a business operated by Indians for the benefit of Indians: *cf. Re Kinookimaw Beach Association and Board of Revenue Commissioners*⁴. Of course, the company, *qua* company in respect of its corporate structure, is governed by Ontario legislation, but that does not mean that its business is also subject to provincial legislation as, for example, in respect of labour relations. The governing document in this respect is the permit agreement authorized by s. 18 of the *Indian Act*. I do not think that this view of the matter is altered by the fact that at the time of certification not all employees were members of the Band or all were Indians. Of the sixty-eight

Le paragraphe 20(1) et l'art. 30 méritent également d'être cités:

20. (1) Un Indien n'est légalement en possession d'une terre dans une réserve que si, avec l'approbation du Ministre, possession de la terre lui a été accordée par le conseil de la bande.

30. Quiconque pénètre, sans droit ni autorisation, dans une réserve est coupable d'infraction et passible, sur déclaration sommaire de culpabilité, d'une amende d'au plus cinquante dollars ou d'un emprisonnement d'au plus un mois, ou à la fois de l'amende et de l'emprisonnement.

Les dispositions législatives précitées, dont la constitutionnalité ne fait aucun doute, et leur prolongement dans l'accord dont je viens de parler, constituent, à mon avis, une manifestation du pouvoir législatif fédéral pour maintenir la réserve à l'usage et au profit des Indiens membres de la bande pour laquelle la réserve a été mise de côté. Le permis d'exploiter une usine sur la réserve, dans un bâtiment loué du conseil de bande, compte tenu de ses conditions, traduit l'usage et le profit dont parle l'art. 18 de la *Loi sur les Indiens* et les dispositions connexes.

Ceci m'amène à examiner si la constitution de la compagnie appelante en vertu des lois de l'Ontario change la situation. A mon avis, la constitution en compagnie ne fait rien de plus que de donner aux frères Brant, qui sont les seuls actionnaires, un moyen pratique de gérer une affaire qui est une entreprise exploitée par des Indiens au profit de ces derniers: *cf. Re Kinookimaw Beach Association and Board of Revenue Commissioners*⁴. Il est évident que la compagnie, en tant que telle du point de vue de sa structure, est régie par le droit ontarien, mais cela ne signifie pas que son activité y soit également assujettie, par exemple, à l'égard des relations de travail. Le document de base à ce sujet est l'accord relatif au permis autorisé par l'art. 18 de la *Loi sur les Indiens*. Je ne pense pas que le fait qu'à l'époque de l'accréditation les employés n'étaient pas tous membres de la bande ou des Indiens puisse modifier cette façon de voir. Des soixante-huit employés touchés par les procé-

⁴ (1978), 91 D.L.R. (3d) 698.

⁴ (1978), 91 D.L.R. (3d) 698.

employees affected by the certification proceedings, forty-eight were Band members, ten had been but were no longer Band members simply because they had married out of the Band and ten were non-Indians. The factory operation in its direction and in its complement of employees is substantially an enterprise of Indians for Indians on an Indian reserve. Indeed, this was the purpose of the permit agreement.

Cardinal v. Attorney General of Alberta, supra, was a case which turned on the effect and application of s. 12 of the Alberta Natural Resources Agreement between Canada and Alberta, an agreement which was not only confirmed by legislation by both Canada and Alberta but which was also endowed with constitutional force by the *British North America Act*, 1930 (U.K.), c. 26. Section 12 of the Agreement was as follows:

12. In order to secure to the Indians of the Province the continuance of the supply of game and fish for their support and subsistence, Canada agrees that the laws respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians within the boundaries thereof, provided however, that the said Indians shall have the right, which the Province hereby assures to them, of hunting trapping and fishing game and fish for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access.

The facts, briefly stated, were that a Treaty Indian was charged with unlawfully trafficking in big game on his Reserve, in selling to a game officer some moose meat, thus committing an offence under the Alberta *Wildlife Act*, R.S.A. 1970, c. 391 if the Act applied to this conduct. This was not a case of interfering with an Indian's right to hunt for food. The majority of the Court, in upholding the application of *The Wildlife Act* in the situation I have described, had this to say at p. 708 in reasons delivered by Martland J.:

In my opinion, the meaning of s. 12 is that Canada, clothed as it was with legislative jurisdiction over "Indians, and Lands reserved for the Indians", in order to achieve the purpose of the section, agreed to the imposi-

dures d'accréditation, quarante-huit étaient membres de la bande, dix l'avaient été mais ne l'étaient plus simplement pour avoir épousé des personnes ne faisant pas partie de la bande et dix n'étaient pas des Indiens. L'usine de par sa gestion et son effectif est fondamentalement une entreprise exploitée par des Indiens, pour des Indiens, sur une réserve indienne. D'ailleurs, c'est le but visé par l'accord.

L'affaire *Cardinal c. Le procureur général de l'Alberta*, précitée, portait sur l'effet et l'application de l'art. 12 de la Convention sur les ressources naturelles de l'Alberta, passée entre le Canada et l'Alberta; non seulement cette Convention a été confirmée par des lois du Canada et de l'Alberta, mais l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1930 (R.-U.), chap. 26 lui confère une valeur constitutionnelle. L'article 12 de la Convention prévoit:

12. Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s'appliquent aux Indiens dans les limites de la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès.

Dans cette affaire, un Indien visé par les traités avait été accusé d'avoir illégalement fait le commerce du gros gibier dans sa réserve en vendant de la viande d'orignal à un garde-chasse, commettant ainsi une infraction à *The Wildlife Act* de l'Alberta, R.S.A. 1970, chap. 391, si cette loi y était applicable. Il n'était pas question de toucher au droit d'un Indien de chasser pour se nourrir. La majorité de la Cour a confirmé l'application de *The Wildlife Act* à la situation que je viens de relater et, à cet égard, le juge Martland, qui a rédigé les motifs de la majorité, a déclaré, à la p. 708:

A mon avis, l'art. 12 signifie que le Canada dont la compétence législative s'étendait aux «Indiens et aux terres réservées aux Indiens», afin d'atteindre le but de l'article, a accepté l'imposition de règles provinciales sur

tion of Provincial controls over hunting and fishing, which, previously, the Province might not have had power to impose. By its express wording, it provides that the game laws of the Province shall apply "to the Indians within the boundaries thereof". To me this must contemplate their application to all Indians within the Province, without restriction as to where, within the Province, they might be.

And, again, at p. 710:

For these reasons, I am of the opinion that s. 12 of the Agreement made the provisions of *The Wildlife Act* applicable to all Indians, including those on Reserves, and governed their activities throughout the Province, including Reserves. By virtue of s. 1 of the *British North America Act, 1930*, it has the force of law, notwithstanding anything contained in the *British North America Act, 1867*, any amendment thereto, or any Federal statute.

Other observations in the majority reasons, from which both the appellant and the respondent sought to draw comfort must be read in the context of the issue presented to the Court, an issue removed from that involved here.

That is made evident in considering the dissenting as well as the majority judgments in the *Cardinal* case. The Alberta Natural Resources Agreement, in s. 10, expressly confirmed federal authority in respect of lands included in Indian reserves, and the difference between the majority and dissenting judgments turned on whether the provision in s. 12 for the application of game laws of the Province "to the Indians within the boundaries thereof" should be construed as excluding Indian Reserves, although they were geographically within the provincial boundaries. It was with reference to this point of construction that both the majority and dissenting judgments considered how far or to what extent Indian reserves were federal "enclaves" beyond the application to them of any provincial legislation. As was pointed out by Martland J., in canvassing relevant case law, there is authority to support the application of provincial legislation to Indians off a reserve unless it is directed to them as Indians. Similarly, there is authority to support the application of provincial legislation to non-Indians for violations thereof on a reserve, unless the legislation is directed to the

la chasse et la pêche que la province n'aurait pas eu le pouvoir d'imposer antérieurement. En termes exprès, il prévoit que les lois provinciales en matière de chasse et pêche doivent s'appliquer «aux Indiens dans les limites de la province». A mon avis, il faut en déduire qu'elles s'appliquent à tous les Indiens dans la province, où qu'ils se trouvent dans la province.

Et, à la p. 710:

Pour ces motifs, je suis d'avis que l'art. 12 de la convention a eu pour effet de rendre les dispositions de la loi dite *The Wildlife Act* applicables à tous les Indiens, y compris ceux qui se trouvent dans les réserves, et de régir leurs activités dans toute la province, y compris dans les réserves. En vertu de l'art. 1 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930*, il a force de loi, nonobstant toute disposition de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, modification s'y rapportant, ou toute loi fédérale.

D'autres déclarations contenues dans les motifs de la majorité que l'appelante et l'intimé invoquent à l'appui de leur argumentation doivent être lues dans le contexte de la question soumise à la Cour, une question différente de la présente.

Cela ressort manifestement tant du jugement de la dissidence que de celui de la majorité dans l'affaire *Cardinal*. L'article 10 de la Convention sur les ressources naturelles de l'Alberta confirme expressément le pouvoir fédéral sur les terres faisant partie des réserves indiennes et la différence entre les motifs de la majorité et ceux de la dissidence portait sur la question de savoir si la disposition de l'art. 12 concernant l'application des lois provinciales en matière de chasse et pêche «aux Indiens dans les limites de la province» devait être interprétée comme excluant les réserves indiennes bien qu'elles y soient géographiquement situées. C'est dans le contexte de cette question d'interprétation que le jugement de la majorité et celui de la dissidence ont étudié dans quelle mesure les réserves indiennes étaient des «enclaves» fédérales qui échappent à l'application des lois provinciales. Comme l'a souligné le juge Martland en analysant la jurisprudence pertinente, il existe un appui jurisprudentiel à l'application des lois provinciales aux Indiens hors des réserves à moins qu'elles les visent seulement en tant qu'Indiens. De même, il en existe un à l'application des lois provinciales aux

use or regulation of the reserve lands, as, for example, was the situation in *Corporation of Surrey v. Peace Arch Enterprises Ltd.*⁵ Where, however, the issue concerns the conduct of Indians on a reserve, provincial legislation is inapplicable unless brought in by referential federal legislation or, as in the *Cardinal* case, brought in by a constitutional qualification of the federal power in relation to "Indians, and Lands reserved for the Indians".

Even more removed from the present case is the judgment in *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, *supra*. It involved not a constitutional question nor one concerning any activity on a Reserve, but rather one concerning personal relationships involving Indians and non-Indians with respect to the adoption of Indian children by non-Indians. It concerned, at bottom, the question of whether or how Indian status would be affected by subjecting Indian children to provincial adoption legislation, either of its own force or through the application of s. 88 of the *Indian Act*. The question of "Indianness" discussed in the *Natural Parents* case related directly to the question of survival of Indian status and, obviously, could have no bearing on the problem before this Court in the present case.

The proper inquiry in this case is not whether the Ontario *Labour Relations Act* applies to the enterprise of the appellant company and to the employees thereof, but rather whether Part V of the *Canada Labour Code* applies to them. In my opinion, however general be the application of the Ontario *Labour Relations Act* to businesses in the Province and to the employees thereof, it must give way in respect of businesses which are within federal regulatory authority and to federal legislation such as Part V of the *Canada Labour Code* embracing such businesses.

The key references to Part V of the *Canada Labour Code* are s. 108.(1) and the definition s. 2, and they read as follows:

⁵ (1970), 74 W.W.R. 38.

non-Indiens qui y contreviennent sur une réserve, sauf si elles portent sur l'utilisation ou la réglementation des réserves comme c'était le cas dans *Corporation of Surrey v. Peace Arch Enterprises Ltd.*⁵ Cependant, lorsque le litige porte sur les actes des Indiens sur une réserve, le droit provincial est inapplicable à moins d'être introduit par renvoi dans le droit fédéral ou, comme dans l'affaire *Cardinal*, d'être introduit par une limitation constitutionnelle du pouvoir fédéral concernant «les Indiens et les terres réservées aux Indiens».

L'affaire *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, précitée, est encore plus éloignée de la présente. Elle ne portait ni sur une question constitutionnelle ni sur une activité exercée sur une réserve mais plutôt sur les liens personnels entre Indiens et non-Indiens en matière d'adoption d'enfants indiens par des non-Indiens. Il s'agissait au fond de déterminer dans quelle mesure et comment l'assujettissement d'enfants indiens aux lois provinciales en matière d'adoption, soit en vertu de leurs propres dispositions, soit en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, pouvait modifier le statut d'Indien. La question de la quiddité indienne analysée dans l'arrêt *Parents naturels* était directement reliée à la question de la survivance du statut d'Indien et, de toute évidence, n'a aucun rapport avec le problème soumis en l'espèce à cette Cour.

En l'espèce, il ne faut pas se demander si *The Labour Relations Act* de l'Ontario s'applique à l'entreprise de la compagnie appelante et à ses employés, mais si la Partie V du *Code canadien du travail* leur est applicable. A mon avis, quelque générale que soit l'application de *The Labour Relations Act* de l'Ontario aux entreprises situées dans la province et à leurs employés, elle doit s'effacer dans le cas d'entreprises qui relèvent de la compétence de réglementation fédérale, et céder devant une loi fédérale telle la Partie V du *Code canadien du travail* qui englobe pareilles entreprises.

Les dispositions-clé de la Partie V du *Code canadien du travail* sont le par. 108(1) et la disposition contenant les définitions, l'art. 2:

⁵ (1970), 74 W.W.R. 38.

108. (1) This Division applies in respect of employees who are employed upon or in connection with the operation of any federal work, undertaking or business and in respect of the employers of all such employees in their relations with such employees and in respect of trade unions and employers' organizations composed of such employees or employers.

2. In this Act

“federal work, undertaking or business” means any work, undertaking or business that is within the legislative authority of the Parliament of Canada, including without restricting the generality of the foregoing:

(a) a work, undertaking or business operated or carried on for or in connection with navigation and shipping, whether inland or maritime, including the operation of ships and transportation by ship anywhere in Canada;

(b) a railway, canal, telegraph or other work or undertaking connecting any province with any other or others of the provinces, or extending beyond the limits of a province;

(c) a line of steam or other ships connecting a province with any other or others of the provinces, or extending beyond the limits of a province;

(d) a ferry between any province and any other province or between any province and any other country other than Canada;

(e) aerodromes, aircraft or a line of air transportation;

(f) a radio broadcasting station;

(g) a bank;

(h) a work or undertaking that, although wholly situated within a province, is before or after its execution declared by the Parliament of Canada to be for the general advantage of Canada or for the advantage of two or more of the provinces; and

(i) a work, undertaking or business outside the exclusive legislative authority of provincial legislatures;

The combination of circumstances which govern the operation of the factory in the present case bring it, in my opinion, squarely within ss. 2 and 108(1) of the *Canada Labour Code*. There is the fact that the factory is operated by Indians and for Indians; it is operated on a reserve in a building leased from the Band Council; it is operated under a revocable licence issued by the responsible federal Minister with the approval of the Band Council and under terms set out in the licence or permit; it

108. (1) Le présente Division s'applique aux employés dans le cadre d'une entreprise fédérale, aux patrons de ces employés dans leurs rapports avec ces derniers, ainsi qu'aux organisations patronales et aux syndicats composés de ces patrons ou de ces employés respectivement.

2. Dans la présente loi

«entreprise, affaire ou ouvrage de compétence fédérale» ou «entreprise fédérale» signifie tout ouvrage, entreprise ou affaire ressortissant au pouvoir législatif du Parlement du Canada, y compris, sans restreindre la généralité de ce qui précède:

a) tout ouvrage, entreprise ou affaire réalisé ou dirigé dans le cadre de la navigation (intérieure ou maritime), y compris la mise en service de navires et le transport par navire partout au Canada;

b) tout chemin de fer, canal, télégraphe ou autre ouvrage ou entreprise reliant une province à une ou plusieurs autres, ou s'étendant au-delà des limites d'une province;

c) toute ligne de navires à vapeur ou autres, reliant une province à une ou plusieurs autres, ou s'étendant au-delà des limites d'une province;

d) tout service de transbordeurs entre provinces ou entre une province et un pays autre que le Canada;

e) tout aéroport, aéronef ou ligne de transport aérien;

f) toute station de radiodiffusion;

g) toute banque;

h) tout ouvrage ou entreprise que le Parlement du Canada déclare (avant ou après son achèvement) être à l'avantage du Canada en général, ou de plus d'une province, bien que situé entièrement dans les limites d'une province; et

i) tout ouvrage, entreprise ou affaire ne ressortissant pas au pouvoir législatif exclusif des législatures provinciales;

La combinaison des éléments qui régissent l'exploitation de l'usine en l'espèce fait qu'elle relève nettement de l'art. 2 et du par. 108(1) du *Code canadien du travail*. L'usine est effectivement exploitée par des Indiens et pour eux, sur une réserve, dans un bâtiment loué du conseil de bande; elle est exploitée en vertu d'un permis révocable délivré par le Ministre fédéral responsable, avec le consentement du conseil de bande, et conformément aux conditions énoncées dans le

is financed by federal funds provided under the special Indian Economic Development Fund pursuant to four agreements of September 9, 1974, October 11, 1974, and two on July 8, 1976 for the stated purpose "of employing members of the Band in all positions possible and ... for the benefit of the Band as a whole to improve their economic position and provide continuing employment for Band members"; and it is operated under the detailed provisions in the *Indian Act* and under the approvals therein prescribed.

These circumstances bring the appellant enterprise squarely within the opening words of s. 2 aforesaid, as being "an undertaking or business that is within the legislative authority of the Parliament of Canada". Consequently, in the words of s. 2(i), it is an undertaking or business outside the exclusive legislative authority of provincial legislatures. Section 108 applies to the employees of the appellant company since they are employed in connection with the operation of the appellant company's factory on the Reserve. It follows, therefore, that certification to enable a trade union to represent the employees of the appellant company must be sought under the *Canada Labour Code*.

I would, accordingly, allow the appeal, set aside the judgments below and quash the certification order made by the Ontario Labour Relations Board. The appellant company has not asked for costs and there will, therefore, be no order as to costs as between the parties and there will be no costs to or against any of the interveners.

The judgment of Martland, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte and McIntyre JJ. was delivered by

BEETZ J.—This is an appeal from an order of the Ontario Court of Appeal dismissing an appeal by the Appellant, (*Four B*) from an order of the Divisional Court for the Province of Ontario dismissing an application for judicial review of two decisions of the Ontario Labour Relations Board, (the *Board*). The application for judicial review

permis; elle est financée par des fonds fédéraux provenant du Fonds d'aide à l'économie des Indiens, en vertu de quatre accords passés les 9 septembre 1974, 11 octobre 1974 et le 8 juillet 1976 (pour deux d'entre eux) afin [TRADUCTION] «d'employer des membres de la bande dans tous les postes possibles et ... au profit de la bande en général afin d'améliorer la situation économique des membres de la bande et de leur fournir un emploi stable». En outre, l'usine est exploitée conformément aux dispositions détaillées de la *Loi sur les Indiens* et aux autorisations y prescrites.

Ces circonstances placent carrément l'entreprise appelante dans le cadre des mots introductifs de l'art. 2 et en font «[une] entreprise ou affaire ressortissant au pouvoir législatif du Parlement du Canada». En conséquence, pour reprendre les mots de l'al. 2*i*), il s'agit d'une entreprise ou affaire ne ressortissant pas au pouvoir législatif exclusif des législatures provinciales. L'article 108 s'applique aux employés de la compagnie appelante parce qu'ils sont employés dans le cadre de l'exploitation de l'usine de l'appelante sur la réserve. Il s'ensuit donc que l'accréditation devant permettre au syndicat de représenter les employés de la compagnie appelante doit être demandée en vertu du *Code canadien du travail*.

Je suis en conséquence d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer les jugements des tribunaux d'instance inférieure et d'annuler l'ordonnance d'accréditation rendue par la Commission des relations de travail de l'Ontario. La compagnie appelante n'a pas demandé de condamnation aux dépens et il n'y aura donc aucune adjudication de dépens entre les parties ni en faveur ou contre les intervenants.

Version française du jugement des juges Martland, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte et McIntyre rendu par

LE JUGE BEETZ—Ce pourvoi est formé à l'encontre d'une ordonnance de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelante, (*Four B*), d'une ordonnance de la Cour divisionnaire de la province de l'Ontario qui avait rejeté une demande d'examen judiciaire de deux décisions de la Commission des relations de travail

sought *inter alia* (1) an order quashing an order of the Board certifying the United Garment Workers of America as the bargaining agent for the employees of *Four B* at its plant on the Tyendinaga Indian Reserve No. 38; (2) an order quashing another decision of the *Board* directing *Four B* to reinstate four of its employees; and (3) a declaration that the *Board* was without jurisdiction to make the said decisions or to apply the provisions of *The Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, c. 232, to the activities of *Four B* or its employees on the Reserve.

The facts do not appear to be in dispute.

Four B was incorporated pursuant to the laws of Ontario to carry on business as a manufacturer of shoes on the Tyendinaga Indian Reserve No. 38, a reserve set aside for the Band of Indians known as the Mohawks of the Bay of Quinte. All of the issued shares of *Four B* are held by four brothers named Brant, all of whom are members of the Band.

The business or operation of *Four B* consists entirely in the sewing of uppers on contract for the Bata North Star Jogger, a shoe manufactured by the Bata Shoe Company.

Four B is in no way owned or controlled by the Band Council which will have no share in its profits. It had first been contemplated that the plant be owned and operated by the Band, but the majority of the Band voted against this project, apparently for some fiscal reasons; it was at that point that the Brant brothers decided to own and operate the plant privately, originally under the corporate name of Tyendinaga Mohawk Limited. However the Band Council took the view that the use of this name would not be in the best interest of the Reserve and it was changed for the present one.

Four B occupies premises upon the Reserve pursuant to a three year renewable permit issued by Her Majesty the Queen in right of Canada with the approval of the Band Council. The permit,

de l'Ontario, (la *Commission*). La demande d'examen judiciaire visait à obtenir notamment (1) une ordonnance qui aurait annulé l'ordonnance de la *Commission* accréditant les Travailleurs unis du vêtement d'Amérique à titre d'agent négociateur des employés de *Four B* à son usine de la réserve indienne Tyendinaga n° 38; (2) une ordonnance qui aurait annulé une autre décision de la *Commission* enjoignant à *Four B* de réintégrer quatre de ses employés; et (3) une déclaration que la *Commission* n'était pas compétente pour rendre ces décisions ou pour appliquer les dispositions de *The Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, chap. 232, à l'activité de *Four B* ou de ses employés sur la réserve.

Les faits ne sont apparemment pas contestés.

Four B a été constituée en vertu des lois de l'Ontario pour exploiter une manufacture de souliers sur la réserve indienne Tyendinaga n° 38, une réserve mise de côté pour la bande indienne désignée sous le nom de Mohawks de la Baie de Quinte. Toutes les actions émises de *Four B* sont détenues par les quatre frères Brant, qui sont tous membres de la bande.

L'affaire ou l'exploitation de *Four B* consiste uniquement à coudre à contrat l'empeigne d'un soulier manufacturé par Bata Shoe Company, le Bata North Star Jogger.

Four B n'est en aucune façon la propriété du conseil de bande, qui ne participe pas à ses profits, ni sous la direction de ce dernier. A l'origine, il avait été envisagé que la bande soit propriétaire et exploitant de l'usine, mais la majorité de la bande a voté contre ce projet, pour des raisons fiscales semble-t-il; c'est alors que les frères Brant ont décidé d'en devenir propriétaires et de l'exploiter en simples particuliers, initialement sous la raison sociale Tyendinaga Mohawk Limited. Cependant, comme le conseil de bande était d'avis que l'utilisation de ce nom n'était pas dans le meilleur intérêt de la réserve, il a été changé pour le nom actuel.

Four B occupe des locaux sur la réserve conformément à un permis de trois ans renouvelable et délivré par Sa Majesté la Reine du chef du Canada avec le consentement du conseil de bande.

which creates no tenancy and can be cancelled at the discretion of the Minister of Indian Affairs and Northern Development, provides in part as follows:

That the Permittee will give preference in employment to local people for work in the permit area, however, if there are not sufficient applications from local area, the Permittee shall have the right to request assistance from Canada Manpower to fill the staff requirements from the surrounding districts.

Four B has received from the Government of Canada a total of \$284,000 of which \$51,000 represents a grant and the remainder borrowed funds. These monies were advanced pursuant to programs of the Department of Indian Affairs and Northern Development, designed to promote co-operation between Indian and non-Indian businessmen in order to assist Indians in developing and expanding viable businesses and to create jobs for Indians, on and off reserves.

At the relevant time, *Four B* employed 68 persons, of whom 48 were Band members, 10 were former Band members and 10 were non-Indians.

The issue is whether *The Labour Relations Act* applies to the activities of *Four B* and its employees and the *Board* had jurisdiction to make the two decisions under review.

In my view the established principles relevant to this issue can be summarized very briefly. With respect to labour relations, exclusive provincial legislative competence is the rule, exclusive federal competence is the exception. The exception comprises, in the main, labour relations in undertakings, services and businesses which, having regard to the functional test of the nature of their operations and their normal activities, can be characterized as federal undertakings, services or businesses: *Toronto Electric Commissioners v. Snider*⁶; *In the matter of a reference as to the validity of the Industrial Relations and Disputes Investigation Act*⁷, (the *Stevedoring case*); *In the matter of a reference as to the application of the*

Le permis, qui ne crée aucun droit sur le bien-fonds et peut être annulé à la discrétion du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, prévoit notamment:

[TRADUCTION] Que le titulaire embauche de préférence des gens de l'endroit pour travailler dans la zone autorisée; cependant, s'il n'y a pas suffisamment de demandes de la part des gens de l'endroit, le titulaire est autorisé à demander l'aide du Centre de main-d'œuvre du Canada afin d'embaucher du personnel des districts environnants.

Four B a reçu du gouvernement du Canada un total de \$284,000 dont \$51,000 à titre de subvention et le solde à titre de prêt. Ces fonds ont été avancés conformément aux programmes du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, conçus pour favoriser la coopération entre les hommes d'affaires Indiens et non-Indiens afin d'aider les Indiens à créer et à promouvoir des entreprises viables et afin de créer des emplois pour les Indiens sur les réserves et ailleurs.

À l'époque pertinente, *Four B* employait 68 personnes, dont 48 étaient membres de la bande, 10 d'anciens membres et 10 des non-Indiens.

La question en litige est de savoir si *The Labour Relations Act* s'applique à l'activité de *Four B* et à ses employés et si la *Commission* était compétente pour rendre les deux décisions en cause.

À mon avis, les principes établis pertinents à cette question peuvent être résumés très brièvement. En ce qui a trait aux relations de travail, la compétence législative provinciale exclusive est la règle, la compétence fédérale exclusive est l'exception. L'exception comprend, principalement, les relations de travail relatives aux entreprises, services et affaires qui, compte tenu du critère fonctionnel de la nature de leur exploitation et de leur activité normale, peuvent être qualifiés d'entreprises, de services ou d'affaires de compétence fédérale: *Toronto Electric Commissioners v. Snider*⁶; *Dans l'affaire d'un renvoi relatif à la validité de la Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail*⁷; *Dans*

⁶ [1925] A.C. 396.

⁷ [1955] S.C.R. 529.

⁶ [1925] A.C. 396.

⁷ [1955] R.C.S. 529.

*Minimum Wage Act of Saskatchewan to an employee of a Revenue Post Office*⁸; *Commission du Salaire Minimum v. Bell Telephone Company of Canada*⁹; *Agence Maritime Inc. v. Canada Labour Relations Board*¹⁰; *The Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers*¹¹; *Canada Labour Relations Board, Public Service Alliance of Canada v. City of Yellowknife*¹²; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*¹³.

There is nothing about the business or operation of *Four B* which might allow it to be considered as a federal business: the sewing of uppers on sport shoes is an ordinary industrial activity which clearly comes under provincial legislative authority for the purposes of labour relations. Neither the ownership of the business by Indian shareholders, nor the employment by that business of a majority of Indian employees, nor the carrying on of that business on an Indian reserve under a federal permit, nor the federal loan and subsidies, taken separately or together, can have any effect on the operational nature of that business. By the traditional and functional test, therefore, *The Labour Relations Act* applies to the facts of this case, and the *Board* has jurisdiction.

What is submitted on behalf of appellant is that the matter to be regulated in the case at bar is the civil rights of Indians on a reserve; that this matter falls under the exclusive legislative authority of Parliament to make laws relating to "Indians and Lands reserved for the Indians" pursuant to s. 91.24 of the *British North America Act, 1867*; that provincial law is inapplicable to this matter even in the absence of relevant federal law; and, alternatively, that the field is occupied by the paramount provisions of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1. It is argued that the functional test is inappropriate and ought to be disregarded where legislative competence is conferred not in

*l'affaire d'un renvoi relatif à l'application de la Loi du salaire minimum de la Saskatchewan à un employé d'un bureau de poste à commission*⁸; *Commission du Salaire minimum c. Bell Canada*⁹; *Agence Maritime Inc. c. Conseil Canadien des Relations Ouvrières*¹⁰; *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*¹¹; *Le Conseil canadien des relations du travail, l'Alliance de la Fonction publique du Canada c. La ville de Yellowknife*¹²; *Construction Montcalm Inc. c. La Commission du salaire minimum*¹³.

Rien dans l'affaire ou l'exploitation de *Four B* ne pourrait permettre de la considérer comme une affaire de compétence fédérale: la couture d'empeignes sur des souliers de sport est une activité industrielle ordinaire qui relève nettement du pouvoir législatif provincial sur les relations de travail. Ni la propriété de l'entreprise par des actionnaires indiens, ni l'embauchage par cette entreprise d'une majorité d'employés indiens, ni l'exploitation de cette entreprise sur une réserve indienne en vertu d'un permis fédéral, ni le prêt et les subventions du fédéral, pris séparément ou ensemble, ne peuvent avoir d'effet sur la nature de l'exploitation de cette entreprise. Donc, compte tenu du critère fonctionnel et traditionnel, *The Labour Relations Act* s'applique aux faits de l'espèce et la *Commission* a compétence.

On prétend au nom de l'appelante qu'on a voulu réglementer en l'espèce les droits civils des Indiens sur une réserve; que cette question relève du pouvoir exclusif du Parlement de légiférer sur «les Indiens et les terres réservées aux Indiens» en vertu du par. 91.24 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*; que la loi provinciale est inapplicable à cette question même en l'absence d'une loi fédérale pertinente; et, subsidiairement, que ce champ est occupé par les dispositions prépondérantes du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1. On fait valoir que le critère fonctionnel est inapproprié et devrait être écarté lorsque la compétence législative est attribuée non pas en des

⁸ [1948] S.C.R. 248.

⁹ [1966] S.C.R. 767.

¹⁰ [1969] S.C.R. 851.

¹¹ [1975] 1 S.C.R. 178.

¹² [1977] 2 S.C.R. 729.

¹³ [1979] 1 S.C.R. 754.

⁸ [1948] R.C.S. 248.

⁹ [1966] R.C.S. 767.

¹⁰ [1969] R.C.S. 851.

¹¹ [1975] 1 R. C. S. 178.

¹² [1977] 2 R. C. S. 729.

¹³ [1979] 1 R. C. S. 754.

terms relating to physical objects, things or systems, but to persons or groups of persons such as Indians or aliens.

I cannot agree with these submissions.

The functional test is a particular method of applying a more general rule namely, that exclusive federal jurisdiction over labour relations arises only if it can be shown that such jurisdiction forms an integral part of primary federal jurisdiction over some other federal object: the *Stevedoring* case.

Given this general rule, and assuming for the sake of argument that the functional test is not conclusive for the purposes of this case, the first question which must be answered in order to deal with appellant's submissions is whether the power to regulate the labour relations in issue forms an integral part of primary federal jurisdiction over Indians and Lands reserved for the Indians. The second question is whether Parliament has occupied the field by the provisions of the *Canada Labour Code*.

In my opinion, both questions must be answered in the negative.

I think it is an oversimplification to say that the matter which falls to be regulated in the case at bar is the civil rights of Indians. The matter is broader and more complex: it involves the rights of Indians and non-Indians to associate with one another for labour relations purposes, purposes which are not related to "Indianness"; it involves their relationship with the United Garment Workers of America or some other trade union about which there is nothing inherently Indian; it finally involves their collective bargaining with an employer who happens to be an Ontario corporation, privately owned by Indians, but about which there is nothing specifically Indian either, the operation of which the Band has expressly refused to assume and from which it has elected to withdraw its name.

But even if the situation is considered from the sole point of view of Indian employees and as if the employer were an Indian, neither Indian status is

termes se rapportant à des objets matériels, à des choses ou à des systèmes, mais à des personnes ou groupes de personnes comme les Indiens ou les aubains.

Je ne peux accepter ces prétentions.

Le critère fonctionnel est une méthode particulière d'application d'une règle plus générale, savoir, que la compétence fédérale exclusive en matière de relations de travail n'existe que si l'on peut établir qu'elle fait partie intégrante de sa compétence principale sur une autre matière fédérale: l'arrêt *Stevedoring*.

Vu cette règle générale, et si l'on présume, pour les besoins de la cause, que le critère fonctionnel n'est pas décisif en l'espèce, la première question à laquelle il faut répondre pour se prononcer sur les prétentions de l'appelante est de savoir si le pouvoir de réglementer les relations de travail en question fait partie intégrante de la compétence fédérale principale sur les Indiens et les terres réservées aux Indiens. La seconde question est de savoir si le Parlement a occupé le champ par les dispositions du *Code canadien du travail*.

A mon avis il faut répondre à ces deux questions par la négative.

Je crois que dire que la question à régler en l'espèce est celle des droits civils des Indiens est une simplification excessive. La question est plus vaste et plus complexe: elle met en cause les droits des Indiens et des non-Indiens de s'associer entre eux à des fins de relations de travail, fins qui sont sans rapport avec la quiddité indienne; elle met en cause leurs relations avec les Travailleurs unis du vêtement d'Amérique ou quelque autre syndicat qui n'ont rien de proprement indien; elle met en cause finalement leur convention collective avec un employeur qui se trouve être une compagnie ontarienne, appartenant à titre privé à des Indiens, mais qui n'a rien non plus de spécifiquement indien; la bande a expressément refusé d'en assumer l'exploitation et a décidé de lui retirer son nom.

Mais même si l'on examine la situation du seul point de vue des employés indiens et comme si l'employeur était un Indien, cela ne met en jeu ni

at stake nor rights so closely connected with Indian status that they should be regarded as necessary incidents of status such for instance as registrability, membership in a band, the right to participate in the election of Chiefs and Band Councils, reserve privileges, etc. For this reason, I come to the conclusion that the power to regulate the labour relations in issue does not form an integral part of primary federal jurisdiction over Indians or Lands reserved for the Indians. Whether Parliament could regulate them in the exercise of its ancillary powers is a question we do not have to resolve any more than it is desirable to determine in the abstract the ultimate reach of potential federal paramountcy.

The conferring upon Parliament of exclusive legislative competence to make laws relating to certain classes of persons does not mean that the totality of these persons' rights and duties comes under primary federal competence to the exclusion of provincial laws of general application. In *Union Colliery Company of British Columbia v. Bryden*¹⁴, the *British Columbia Coal Mines Regulations Act, 1890* provided that "no boy under the age of twelve years, and no woman and girl of any age shall be employed in or allowed to be for the purpose of employment in any mine to which the *Act* applies, below ground". The provision was amended by the insertion of the words "and no Chinaman" after the words "and no woman and girl of any age". The amendment was held to be *ultra vires* of the Province as relating to naturalization and aliens. But it was never suggested that the general prohibition to employ boys under the age of twelve years and women and girls of any age in any mine was not applicable to naturalized persons and aliens including persons of Chinese extraction.

A similar reasoning must prevail with respect to the application of provincial laws to Indians, as long as such laws do not single out Indians nor purport to regulate them *qua* Indians, and as long

¹⁴ [1899] A.C. 580.

le statut d'Indien ni des droits si intimement liés au statut d'Indien qu'ils devraient en être considérés comme des accessoires indissociables comme, par exemple, la possibilité d'être enregistré, la qualité de membre d'une bande, le droit de participer à l'élection des chefs et des conseils de bande, les privilèges relatifs à la réserve, etc. Pour cette raison je conclus que le pouvoir de réglementer les relations de travail en question ne fait pas partie intégrante de la compétence fédérale principale sur les Indiens ou les terres réservées aux Indiens. La question de savoir si le Parlement pourrait les réglementer dans l'exercice de ses pouvoirs accessoires est une question que nous n'avons pas à résoudre sauf dans la mesure où sa solution est utile pour déterminer en théorie la portée ultime d'une suprématie fédérale potentielle.

L'attribution au Parlement de la compétence législative exclusive de faire des lois relatives à certaines catégories de personnes ne signifie pas que la totalité des droits et obligations de ces personnes relève de la compétence fédérale principale à l'exclusion des lois provinciales d'application générale. Dans *Union Colliery Company of British Columbia v. Bryden*¹⁴, la *British Columbia Coal Mines Regulations Act, 1890* prévoyait que [TRADUCTION] «aucun garçon de moins de douze ans et aucune femme ou jeune fille, quel que soit son âge, ne pourront travailler, ou être placés dans le but d'effectuer un travail sous terre, dans une mine à laquelle la présente loi s'applique». La disposition a été modifiée pour y ajouter les mots [TRADUCTION] «et aucun Chinois» après les mots «et aucune femme ou jeune fille, quel que soit son âge». La modification a été jugée *ultra vires* de la province parce qu'elle portait sur la naturalisation et les aubains. Mais on n'a jamais prétendu que l'interdiction générale d'embaucher des garçons de moins de douze ans, des femmes et des jeunes filles, quel que soit leur âge, dans une mine ne s'appliquait pas aux personnes naturalisées et aux aubains y compris ceux d'origine chinoise.

Un raisonnement semblable doit prévaloir relativement à l'application des lois provinciales aux Indiens, en autant que ces lois ne visent pas uniquement les Indiens, ni ne prétendent leur imposer

¹⁴ [1899] A.C. 580.

also as they are not superseded by valid federal law. In this connection, it must be noted that whereas the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. 1-6, regulates certain Indian civil rights such as the right to make a will and the distribution of property on intestacy, it does not provide for the regulation of the labour relations of Indians with one another or with non-Indians. Nor does the *Canada Labour Code* so provide, as we shall see later. These labour relations accordingly remain subject to laws of general application in force in the Province as is contemplated by s. 88 of the *Indian Act*:

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.

Counsel for appellant has also stressed that the civil rights in issue are not only the civil rights of Indians, but Indian civil rights exercised on a reserve. The import of this submission, as I understand it, is that the exclusive character of federal jurisdiction is somehow reinforced because it is derived from two related heads of federal authority instead of one, federal authority over Indians and over Lands reserved for the Indians.

In my view, this submission is an attempt to revive the enclave theory of the reserves in a modified version: provincial laws would not apply to Indians on reserves although they might apply to others. The enclave theory has been rejected by this Court in *Cardinal v. Attorney General for Alberta*¹⁵ and I see no reason to revive it even in a limited form. Section 91.24 of the *British North America Act, 1867* assigns jurisdiction to Parliament over two distinct subject matters, Indians

¹⁵ [1974] S.C.R. 695.

une réglementation en tant qu'Indiens, et à la condition aussi qu'elles ne soient pas supplantées par une loi fédérale valide. À ce propos, il faut souligner qu'alors que la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6, réglemente certains droits civils des Indiens, comme le droit de faire un testament et la distribution des biens *ab intestat*, elle ne prévoit pas la réglementation des relations de travail des Indiens entre eux ou avec des non-Indiens. Comme nous le verrons plus tard, il en est de même du *Code canadien du travail*. Par conséquent, ces relations de travail demeurent assujetties aux lois d'application générale en vigueur dans la province tel que le prévoit l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*:

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.

L'avocat de l'appelante a également fait valoir que les droits civils en question ne sont pas uniquement les droits civils des Indiens, mais les droits civils indiens exercés sur une réserve. Le sens de cette prétention, si je comprends bien, est que le caractère exclusif de la compétence fédérale est d'une certaine façon renforcé parce qu'il découle de deux chefs connexes de compétence fédérale et non d'un seul, la compétence fédérale sur les Indiens et sur les terres réservées aux Indiens.

À mon avis, cette prétention cherche à faire renaître, dans une version modifiée, la théorie de l'enclave des réserves: les lois provinciales ne s'appliqueraient pas aux Indiens sur les réserves bien qu'elles puissent s'appliquer à d'autres. Cette Cour a rejeté la théorie de l'enclave dans l'arrêt *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*¹⁵ et je ne vois aucune raison de la faire renaître même dans une forme limitée. Le paragraphe 91.24 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* attribue

¹⁵ [1974] R.C.S. 695.

and Lands reserved for the Indians, not Indians on Lands reserved for the Indians. The power of Parliament to make laws in relation to Indians is the same whether Indians are on a reserve or off a reserve. It is not reinforced because it is exercised over Indians on a reserve any more than it is weakened because it is exercised over Indians off a reserve. (See Kenneth Lysyk, "The Unique Constitutional Position of the Canadian Indian" (1967), 45 *Can. Bar Rev.* 513, at p. 515).

I attach little importance to the permit under which *Four B* occupies the premises. *Four B* could not trespass, there or anywhere else. It would have required a permit or a licence from the Crown to occupy Crown land outside a reserve. It is true that the permit may be cancelled and that it cannot be renewed without the consent of the Band Council. But, should this occur, it is not inconceivable that *Four B* would move its plant a few feet off the reserve and, with the same employees, continue the operation of the same business with the same overall purpose and effect. I am inclined to think that if this had occurred to start with, no constitutional or jurisdictional problem would have arisen.

I do not see much substance either in the argument that *Four B* was federally subsidized. The Government of Canada subsidizes a great many industries without Parliament thereby acquiring the power to regulate their labour relations.

There remains one last point namely whether the *Canadian Labour Code* occupies the field. The key provisions are s. 108(1) and s. 2 which read as follows:

108. (1) This Division applies in respect of employees who are employed upon or in connection with the operation of any federal work, undertaking or business and in respect of the employers of all such employees in their relations with such employees and in respect of trade unions and employers' organizations composed of such employees or employers.

2. In this Act

au Parlement compétence sur deux matières distinctes, les Indiens *et* les terres réservées aux Indiens, non pas les Indiens *sur* les terres réservées aux Indiens. Le pouvoir du Parlement de faire des lois relatives aux Indiens est le même, que les Indiens soient sur une réserve ou à l'extérieur d'une réserve. Il n'a pas plus de force parce qu'il vise des Indiens sur une réserve qu'il n'est amoindri parce qu'il vise des Indiens à l'extérieur d'une réserve. (Voir Kenneth Lysyk, «The Unique Constitutional Position of the Canadian Indian» (1967), 45 *R. du B. Can.* 513, à la p. 515.)

J'accorde peu d'importance au permis en vertu duquel *Four B* occupe les locaux. *Four B* ne pouvait pas violer le droit de propriété là ni ailleurs. Il aurait fallu une autorisation ou un permis de Sa Majesté pour occuper des terres de Sa Majesté à l'extérieur d'une réserve. Il est vrai que le permis peut être annulé et qu'il ne peut être renouvelé sans le consentement du conseil de bande. Mais, dans cette éventualité, il n'est pas inconcevable que *Four B* déménage son usine à quelques pieds hors de la réserve et, avec les mêmes employés, poursuive l'exploitation de la même entreprise avec globalement le même but et le même effet. Je suis porté à croire que si cela s'était produit au départ, aucun problème constitutionnel ou juridictionnel ne se serait posé.

Je n'accorde pas non plus beaucoup de valeur à l'argument que *Four B* a reçu des subventions du fédéral. Le gouvernement du Canada subventionne de très nombreuses industries sans que le Parlement acquière par le fait même le pouvoir de réglementer leurs relations de travail.

Il reste un dernier point, savoir, si le *Code canadien du travail* occupe ce champ. Les dispositions-clé sont le par. 108(1) et l'art. 2 dont voici le texte:

108. (1) La présente Division s'applique aux employés dans le cadre d'une entreprise fédérale, aux patrons de ces employés dans leurs rapports avec ces derniers, ainsi qu'aux organisations patronales et aux syndicats composés de ces patrons ou de ces employés respectivement.

2. Dans la présente loi

“federal work, undertaking or business” means any work, undertaking or business that is within the legislative authority of the Parliament of Canada, including without restricting the generality of the foregoing:

(a) a work, undertaking or business operated or carried on for or in connection with navigation and shipping, whether inland or maritime, including the operation of ships and transportation by ship anywhere in Canada;

(b) a railway, canal, telegraph or other work or undertaking connecting any province with any other or others of the provinces, or extending beyond the limits of a province;

(c) a line of steam or other ships connecting a province with any other or others of the provinces, or extending beyond the limits of a province;

(d) a ferry between any province and any other province or between any province and any other country other than Canada;

(e) aerodromes, aircraft or a line of air transportation;

(f) a radio broadcasting station;

(g) a bank;

(h) a work or undertaking that, although wholly situated within a province, is before or after its execution declared by the Parliament of Canada to be for the general advantage of Canada or for the advantage of two or more of the provinces; and

(i) a work, undertaking or business outside the exclusive legislative authority of provincial legislatures;

In my opinion, the *Canada Labour Code* does not provide for this case. Under functional test *Four B* is not a federal work, undertaking or business, within the meaning of the *Canada Labour Code*. But should we have to solve the problem on the basis suggested by appellant, that is on the basis that Indians are “federal persons”, I would adopt the following reason of Morden J. in the Divisional Court:

Section 108 of the *Code*, by its language, is directed at federal activities, operations or functions and not at the position of individuals, or a class of individuals, who might be considered to be “federal” persons or at their relationships. The latter is not the subject matter of the section, (Contrast the method of defining the application of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1970, c. P-35, which is applicable to “all portions of the Public

«entreprise, affaire ou ouvrage de compétence fédérale» ou «entreprise fédérale» signifie tout ouvrage, entreprise ou affaire ressortissant au pouvoir législatif du Parlement du Canada, y compris, sans restreindre la généralité de ce qui précède:

a) tout ouvrage, entreprise ou affaire réalisé ou dirigé dans le cadre de la navigation (intérieure ou maritime), y compris la mise en service de navires et le transport par navire partout au Canada;

b) tout chemin de fer, canal, télégraphe ou autre ouvrage ou entreprise reliant une province à une ou plusieurs autres, ou s'étendant au-delà des limites d'une province;

c) toute ligne de navires à vapeur ou autres, reliant une province à une ou plusieurs autres, ou s'étendant au-delà des limites d'une province;

d) tout service de transbordeurs entre provinces ou entre une province et un pays autre que le Canada;

e) tout aéroport, aéronef ou ligne de transport aérien;

f) toute station de radiodiffusion;

g) toute banque;

h) tout ouvrage ou entreprise que le Parlement du Canada déclare (avant ou après son achèvement) être à l'avantage du Canada en général, ou de plus d'une province, bien que situé entièrement dans les limites d'une province; et

i) tout ouvrage, entreprise ou affaire ne ressortissant pas au pouvoir législatif exclusif des législatures provinciales;

À mon avis, le *Code canadien du travail* ne prévoit pas ce cas-ci. En vertu du critère fonctionnel, *Four B* n'est pas une entreprise, affaire ou ouvrage de compétence fédérale au sens du *Code canadien du travail*. Mais, si nous devons résoudre le problème sur le fondement proposé par l'appelante, savoir, que les Indiens sont «des personnes fédérales», j'adopterais le passage suivant des motifs du juge Morden de la Cour divisionnaire:

[TRADUCTION] Par ses termes, l'art. 108 du *Code* vise des activités, des opérations ou des fonctions fédérales et non la situation de personnes, ou d'une catégorie de personnes, qui pourraient être considérées comme des personnes «fédérales», ni leurs relations. Ce dernier point n'est pas l'objet de l'article, (comparer avec la façon de définir le champ d'application de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970,

Service" (s. 3), and, also, the provisions of s. 109 of the *Code* applicable "in respect of any corporation established to perform any function or duty on behalf of the Government of Canada and in respect of employees of any such corporation").

The appeal should be dismissed with costs to the respondents, but there should be no order as to costs to or against the intervenors.

Appeal dismissed with costs, LASKIN C.J. and RITCHIE J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the respondent United Garment Workers of America: Golden, Levinson, Toronto.

Solicitors for the respondent Ontario Labour Relations Board: Cameron, Brewin & Scott, Toronto.

Solicitor for the intervenant Chief Donald R. Brant: Ronald W. Cass, Belleville.

Solicitors for the intervenant group of individual employees: Reynolds, Hunter, Sullivan & Kline, Belleville.

chap. P-35, qui vise «tous les éléments de la Fonction publique» (art. 3), et, également, l'art. 109 du *Code* applicable «à toute corporation établie pour accomplir quelque fonction pour le compte du gouvernement du Canada ainsi qu'aux employés d'une telle corporation»).

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur des intimés, mais il n'y aura aucune adjudication de dépens en faveur ou contre les intervenants.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge en chef LASKIN et le juge RITCHIE étant dissidents.

Procureurs de l'appelante: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intimé Les Travailleurs unis du vêtement d'Amérique: Golden, Levinson, Toronto.

Procureurs de l'intimée la Commission des relations de travail de l'Ontario: Cameron, Brewin & Scott, Toronto.

Procureur de l'intervenant le chef Donald R. Brant: Ronald W. Cass, Belleville.

Procureurs des intervenants, certains employés: Reynolds, Hunter, Sullivan & Kline, Belleville.

**Her Majesty The Queen in right of the
Province of Alberta** *Appellante*;

and

Konnie Adriana Krannenburg *Respondent*.

1979: October 17; 1980: March 3.

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

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF
ALBERTA, APPELLATE DIVISION

Criminal law — Failure of Court to proceed with case at appointed time and place — Resulting loss of jurisdiction — Jurisdiction over offence not saved by curative section of Code — Criminal Code, s.440.1 [en. 1974-75-76, c. 93, s. 43].

On February 9, 1977, the respondent was charged with unlawfully driving a motor vehicle while impaired. The case was adjourned from time to time until finally set for trial on April 21, 1977, at 2:00 p.m. in Courtroom No. 5 of the Provincial Court Building in the City of Edmonton. Due to a mix-up, the case was called that morning in Courtroom No. 1 and, the respondent not being present, the provincial judge issued a warrant for her arrest. Unaware of these developments, the respondent and her counsel duly appeared at Courtroom No. 5 at 2:00 p.m. Her name did not appear on the list of cases scheduled to be heard that afternoon. Crown counsel told respondent's counsel that he knew nothing about the charge. The respondent and her counsel departed.

Thereafter, the respondent applied to the Trial Division of the Supreme Court of Alberta for an order (i) setting aside the warrant, and (ii) prohibiting the Provincial Court from dealing further with the information. The order was granted. The Crown conceded that the warrant had been improperly issued, but challenged, in the Appellate Division, that part of the order which prohibited further proceedings on the information. The Appellate Division in a unanimous judgment maintained the order of prohibition. Subsequently, leave to appeal to this Court was granted. The narrow question was whether s. 440.1 of the *Criminal Code*, a curative section proclaimed in force April 26, 1976, remedies a loss of jurisdiction resulting from the failure of a court to proceed with a case at the appointed time and place.

**Sa Majesté La Reine du chef de la province
de l'Alberta** *Appelante*;

et

Konnie Adriana Krannenburg *Intimée*.

1979: 17 octobre; 1980: 3 mars.

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

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

Droit criminel — Défaut de la Cour d'entendre une affaire à l'heure et à l'endroit fixés — Perte de juridiction consécutive — Juridiction sur l'infraction non protégée par l'article correctif du Code — Code criminel, art. 440.1 [1974-75-76, chap. 93, art. 43].

Le 9 février 1977, l'intimée a été accusée d'avoir conduit un véhicule à moteur alors que ses facultés étaient affaiblies. L'affaire a été ajournée à quelques reprises jusqu'à ce que la date du procès soit finalement fixée au 21 avril 1977, à 14h, dans la salle d'audience n° 5 de l'Édifice de la Cour provinciale en la ville d'Edmonton. A cause d'une erreur, l'affaire a été appelée ce matin-là dans la salle d'audience n° 1 et comme l'intimée n'était pas présente, le juge de la Cour provinciale a délivré un mandat d'arrestation la visant. Ignorant ces événements, l'intimée et son avocat ont dûment comparu dans la salle d'audience n° 5 à 14h. Son nom ne figurait pas sur la liste des affaires dont l'audition était fixée à cet après-midi-là. Le substitut du procureur général a déclaré à l'avocat de l'intimée qu'il ne savait rien de cette accusation. L'intimée et son avocat ont quitté les lieux.

Par la suite, l'intimée a présenté une requête à la Division de première instance de la Cour suprême de l'Alberta visant à obtenir une ordonnance aux fins (i) d'annuler le mandat, et (ii) d'interdire à la Cour provinciale de connaître à nouveau de la dénonciation. L'ordonnance a été accordée. Le ministère public a admis que le mandat avait été irrégulièrement délivré, mais a contesté, devant la Division d'appel, la partie de l'ordonnance qui interdisait d'autres procédures sur la dénonciation. Dans un arrêt unanime, la Division d'appel a maintenu l'ordonnance de prohibition. Ensuite, l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour a été accordée. La question étroite est de savoir si l'art. 440.1 du *Code criminel*, une disposition corrective proclamée le 26 avril 1976, remédie à la perte de juridiction résultant du défaut d'une cour d'entendre une affaire à l'heure et à l'endroit fixés.

Held: The appeal should be dismissed.

The language of s. 440.1(1), read in its grammatical and ordinary sense, is simply not wide enough to cover the situation, as here, where there is failure on the part of the court to proceed. The language of s. 440.1(2) is equally inapposite.

Section 440.1(1), on a plain reading, contemplates three elements, precedent to the operation of the section, namely, (i) a proceeding before a court, judge, magistrate or justice; (ii) failure to comply with the provisions of the *Code* relating to adjournments or remands; (iii) non-appearance of the accused or defendant at any such proceeding or adjournment thereof. It is doubtful if any one of these elements is present in circumstances where the accused or defendant appears at the time and place appointed, but the court fails to appear and nothing is done.

Section 440.1 is directed to the situation where there has been a procedural defect or irregularity in respect of adjournments or remands. The court may purport to adjourn the trial or remand the accused, but inadvertently breach some provision of the *Criminal Code* in so doing. A good example is the case in which the magistrate contravenes the eight-day time limitation by adjourning the matter beyond eight days without consent or *sine die*. In those circumstances, the proceedings are not to be held to be invalid. Section 440.1, in effect, gives statutory recognition to the earlier practice of issuing a summons or warrant to bring an accused person before the court where there had been an improper adjournment and the accused failed to appear.

The problem in the instant case was not one of contravention of the requisites of the *Code* relating to adjournments. There was no failure to comply with any provision of the *Code*. The imbroglio arose because the court failed to appear and nothing was done at the time and place set for trial.

In the case of *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597, the Court evidenced a willingness to abandon the distinction between loss of jurisdiction over the person (as in improper adjournments) and loss of jurisdiction over the offence (as in a failure to proceed). Section 440.1, however, cannot be interpreted as embracing both eventualities. It is not so worded as to save jurisdiction over the offence when the court has not acted. The decision in *Trenholm v. Attorney-General of Ontario*, [1940] S.C.R. 301, affirmed in *Doyle*, governs this appeal.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le texte du par. 440.1(1), lu dans son sens grammatical et ordinaire, n'est tout simplement pas assez large pour s'appliquer à une situation, comme en l'espèce, où il y a défaut d'agir de la part de la cour. Le texte du par. 440.1(2) est également inapplicable.

A sa simple lecture, le par. 440.1(1) envisage trois éléments préalables à l'application de l'article, savoir (i) une procédure devant une cour, un juge, un magistrat ou un juge de paix; (ii) un défaut de se conformer aux dispositions du *Code* en matière d'ajournement ou de renvoi; (iii) la non-comparution du prévenu ou du défendeur à une telle procédure ou à son ajournement. Il est douteux que l'un de ces éléments soit présent dans le cas où le prévenu ou le défendeur comparaît à l'heure et à l'endroit indiqués, mais que la cour ne se présente pas et que rien n'est fait.

L'article 440.1 vise la situation où il y a eu un vice ou une irrégularité de procédure en matière d'ajournement ou de renvoi. La Cour peut avoir l'intention d'ajourner le procès ou de renvoyer la comparution du prévenu mais, ce faisant, peut enfreindre par inadvertance des dispositions du *Code criminel*. Un bon exemple est le cas où le magistrat contrevient au délai limite de huit jours en ajournant l'affaire à plus de huit jours sans consentement ou *sine die*. Dans ces circonstances, les procédures ne sont pas déclarées invalides. En effet, l'art. 440.1 consacre légalement la pratique antérieure de délivrer une sommation ou un mandat d'arrestation pour amener le prévenu devant la Cour lorsqu'il y a eu un ajournement irrégulier et que le prévenu a fait défaut de comparaître.

Il ne s'agit pas, en l'espèce, d'une question de violation des dispositions du *Code* en matière d'ajournement. Il n'y a pas eu défaut de se conformer aux dispositions du *Code*. L'imbroglio provient de ce que la cour n'a pas siégé et que rien n'a été fait à l'heure et à l'endroit fixés pour le procès.

Dans l'arrêt *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597, la Cour a manifesté une volonté d'abandonner la distinction entre la perte de juridiction sur la personne (comme dans le cas d'ajournements irréguliers) et la perte de juridiction sur l'infraction (comme dans le cas d'un défaut d'agir). Cependant on ne peut interpréter l'art. 440.1 comme s'appliquant à ces deux éventualités. Il n'est pas formulé de façon à protéger la juridiction sur l'infraction lorsque la cour n'a pas agi. C'est l'arrêt *Trenholm c. Procureur général de l'Ontario*, [1940] R.C.S. 301, confirmé dans l'arrêt *Doyle*, qui détermine l'issue du présent pourvoi.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Alberta, Appellate Division¹, dismissing the Crown's appeal from the granting of an order of prohibition. Appeal dismissed.

J. Watson, for the appellant.

Brian Burrows, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—It has long been recognized in our law that an inferior court may suffer loss of jurisdiction by reason of some procedural irregularity, as for example, when the date to which an accused is remanded or to which a case is adjourned for trial comes and goes without any hearing or appearance, “with nothing done”. The narrow question in this appeal is whether s. 440.1 of the *Criminal Code*, a curative section proclaimed in force April 26, 1976, remedies a loss of jurisdiction resulting from the failure of a court to proceed with a case at the appointed time and place.

The facts are short and simple. On February 9, 1977, the respondent was charged with unlawfully driving a motor vehicle while impaired. The case was adjourned from time to time until finally set for trial on April 21, 1977, at 2.00 p.m. in Courtroom No. 5 of the Provincial Court Building in the City of Edmonton. Due to a mix-up, the case was called that morning in Courtroom No. 1 and, the respondent not being present, the provincial judge issued a warrant for her arrest. Unaware of these developments, the respondent and her counsel duly appeared at Courtroom No. 5 at 2.00 p.m. Her name did not appear on the list of cases scheduled to be heard that afternoon. Crown counsel told respondent's counsel that he knew nothing about the charge. The respondent and her counsel departed.

Thereafter, the respondent applied to the Trial Division of the Supreme Court of Alberta for an order (i) setting aside the warrant, and (ii) prohib-

¹ [1978] 4 W.W.R. 557, 40 C.C.C. (2d) 409.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta¹, qui a rejeté l'appel interjeté par le ministère public de la décision accordant une ordonnance de prohibition. Pourvoi rejeté.

J. Watson, pour l'appelante.

Brian Burrows, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DICKSON—Il est reconnu depuis longtemps dans notre droit qu'une cour d'instance inférieure peut perdre juridiction en raison d'une irrégularité de procédure, comme par exemple, lorsque le jour auquel la comparution du prévenu a été renvoyée ou auquel l'affaire a été ajournée se passe sans qu'il y ait d'audition ou de comparution, «sans que rien ne se fasse». La question étroite dans ce pourvoi est de savoir si l'art. 440.1 du *Code criminel*, une disposition corrective proclamée le 26 avril 1976, remédie à la perte de juridiction résultant du défaut d'une cour d'entendre une affaire à l'heure et à l'endroit fixés.

Les faits sont brefs et simples. Le 9 février 1977, l'intimée a été accusée d'avoir conduit un véhicule à moteur alors que ses facultés étaient affaiblies. L'affaire a été ajournée à quelques reprises jusqu'à ce que la date du procès soit finalement fixée au 21 avril 1977, à 14 h, dans la salle d'audience n° 5 de l'Édifice de la Cour provinciale en la ville d'Edmonton. A cause d'une erreur, l'affaire a été appelée ce matin-là dans la salle d'audience n° 1 et comme l'intimée n'était pas présente, le juge de la Cour provinciale a délivré un mandat d'arrestation la visant. Ignorant ces événements, l'intimée et son avocat ont dûment comparu dans la salle d'audience n° 5 à 14 h. Son nom ne figurait pas sur la liste des affaires dont l'audition était fixée à cet après-midi-là. Le substitut du procureur général a déclaré à l'avocat de l'intimée qu'il ne savait rien de cette accusation. L'intimée et son avocat ont quitté les lieux.

Par la suite, l'intimée a présenté une requête à la Division de première instance de la Cour suprême de l'Alberta visant à obtenir une ordonnance aux

¹ [1978] 4 W.W.R. 557, 40 C.C.C. (2d) 409.

iting the Provincial Court from dealing further with the information. The order was granted. The Crown conceded that the warrant had been improperly issued, but challenged, in the Appellate Division, that part of the order which prohibited further proceedings on the information. The Appellate Division in a unanimous judgment maintained the order of prohibition.

In circumstances of a failure to act, the leading decision is *Trenholm v. Attorney-General of Ontario*², in which the applicant sought a writ of *habeas corpus*. He had appeared before a magistrate on January 3, 1938, and was remanded to January 10, 1938. An inquiry into his mental condition was being conducted in the interim. By warrant dated January 12, he was detained at a mental institution. It was held the warrant was not validly issued because the remand had expired on the tenth, at which time no steps were taken. Thus, there was no authority under which the warrant could have been issued. There was "no criminal cause or charge in existence": per Kerwin J. at p. 308. The justice became *functus*: per Davis J. at p. 313. Loss of jurisdiction over the offence occurred when the date of adjournment or remand passed and "nothing was done". Such procedural defect destroyed the jurisdiction of the court. The indictment or warrant became invalid and of no effect. *R. v. Light*³; *Ex p. Peters*⁴; *R. v. Mack*⁵.

In a more recent judgment of this Court, *Doyle v. The Queen*⁶, *Trenholm* was affirmed. Where a court fails to proceed with a hearing, jurisdiction over the information charging the accused with the offence is lost, and thereafter "that information is to be treated as if it had never been laid": per Ritchie J. at p. 610.

The question for determination in the case at bar, however, is whether s. 440.1 of the *Code* has changed all of this. Does the section have the

fins (i) d'annuler le mandat, et (ii) d'interdire à la Cour provinciale de connaître à nouveau de la dénonciation. L'ordonnance a été accordée. Le ministère public a admis que le mandat avait été irrégulièrement délivré, mais a contesté, devant la Division d'appel, la partie de l'ordonnance qui interdisait d'autres procédures sur la dénonciation. Dans un arrêt unanime, la Division d'appel a maintenu l'ordonnance de prohibition.

L'arrêt qui fait jurisprudence dans le cas de défaut d'agir est *Trenholm c. Le procureur général de l'Ontario*², où le requérant demandait un bref d'*habeas corpus*. Il avait comparu devant un magistrat le 3 janvier 1938 et avait été renvoyé au 10 janvier 1938. Dans l'intervalle, une enquête était menée sur son état mental. Aux termes d'un mandat délivré le 12 janvier, il a été détenu dans un établissement psychiatrique. On a jugé que le mandat n'avait pas été validement délivré parce que le 10, date du renvoi, était passé sans qu'aucune mesure n'ait été prise. Donc, rien ne permettait la délivrance du mandat. Il n'y avait plus «matière à procès ni accusation criminelle», le juge Kerwin à la p. 308. Le juge de paix n'avait plus juridiction: le juge Davis à la p. 313. La perte de juridiction sur l'infraction est survenue lorsque le jour de l'ajournement ou du renvoi est passé «sans que rien ne se fasse». Ce vice de procédure a détruit la juridiction de la cour. L'acte d'accusation ou le mandat sont devenus invalides et de nul effet. *R. v. Light*³; *Ex p. Peters*⁴; *R. v. Mack*⁵.

Un arrêt plus récent de cette Cour, *Doyle c. La Reine*⁶, confirme l'arrêt *Trenholm*. Lorsqu'une cour ne procède pas à une audition, elle perd juridiction sur la dénonciation inculquant le prévenu de l'infraction et «la dénonciation en question doit être considérée comme n'ayant jamais été faite»; le juge Ritchie à la p. 610.

Cependant, la question qu'il faut trancher en l'espèce est de savoir si l'art. 440.1 du *Code* a changé tout cela. A-t-il pour effet de protéger la

² [1940] S.C.R. 301.

³ (1968), 5 C.R.N.S. 118 (B.C.S.C.).

⁴ (1972), 10 C.C.C. (2d) 221 (B.C.S.C.).

⁵ [1976] 1 W.W.R. 657 (B.C.S.C.).

⁶ [1977] 1 S.C.R. 597.

² [1940] R.C.S. 301.

³ (1968), 5 C.R.N.S. 118 (C.S.C.-B.).

⁴ (1972) 10 C.C.C. (2d) 221 (C.S.C.-B.).

⁵ [1976] 1 W.W.R. 657 (C.S.C.-B.).

⁶ [1977] 1 R.C.S. 597.

result of saving the jurisdiction which would otherwise have been lost? Section 440.1 reads:

(1) The validity of any proceeding before a court, judge, magistrate or justice is not affected by any failure to comply with the provisions of this Act relating to adjournments or remands, and where such failure has occurred and an accused or a defendant does not appear at any such proceeding or upon any adjournment thereof, the court, judge, magistrate or justice may issue a summons or, if it or he considers it necessary in the public interest, a warrant for the arrest of the accused or defendant.

(2) Where, in the opinion of the court, judge, magistrate or justice, an accused or a defendant who appears at a proceeding has been misled or prejudiced by reason of any matter referred to in subsection (1), the court, judge, magistrate or justice may adjourn the proceeding and may make such order as it or he considers proper.

(3) The provisions of Part XIV apply *mutatis mutandis* where a summons or warrant is issued under subsection (1).

The Crown contends that where an adjournment expires with no valid action taken by the court, s. 440.1(1) preserves the court's jurisdiction on the information charging the accused. Reliance is placed upon *Doyle v. The Queen, supra*.

Prior to the decision in *Doyle*, there was a respectable body of authority which drew a distinction between loss of jurisdiction over the person and loss of jurisdiction over the offence, *i.e.* the indictment or information. Loss of jurisdiction over the person was considered to arise when the court failed to follow the prescriptions of the *Criminal Code* pertaining to adjournments and remands. Although jurisdiction over the person was said to be lost, it could be regained when the accused appeared before the court voluntarily or in response to a summons or warrant. Proceedings then continued on the original information or indictment. See *R. v. Bence et al, Ex p. Regina Oral Arts Ltd.*⁷; *Re Kuhn and the Queen*⁸; *R. v. Stedelbauer Chevrolet Oldsmobile Ltd.*⁹; *Re*

jurisdiction qui aurait été autrement perdue? Voici le texte de l'art. 440.1:

(1) La validité des procédures intentées devant une cour, un juge, un magistrat ou un juge de paix n'est pas altérée du fait d'un défaut de se conformer aux dispositions de la présente loi en matière d'ajournement ou de renvoi et si en cas d'une telle faute, le prévenu ou le défendeur ne comparaissent pas ou lors de tout ajournement de celui-ci, la cour, le juge, le magistrat ou le juge de paix peuvent délivrer une sommation ou, s'ils le jugent nécessaire dans l'intérêt public, un mandat d'arrestation visant le prévenu ou le défendeur.

(2) Si la cour, le juge, le magistrat ou le juge de paix estiment qu'un prévenu ou un défendeur qui comparaît a été trompé ou lésé en raison de l'une des fautes visées au paragraphe (1), ils peuvent ajourner les procédures et rendre l'ordonnance qu'ils jugent à propos.

(3) Les dispositions de la Partie XIV s'appliquent *mutatis mutandis* lorsque sommations ou mandats sont délivrés conformément au paragraphe (1).

Le ministère public prétend que lorsque la journée fixée par ajournement se passe sans qu'aucune mesure valide ne soit prise par la cour, le par. 440.1(1) protège la juridiction de la cour sur la dénonciation inculquant le prévenu. Il invoque l'arrêt *Doyle c. La Reine*, précité, à l'appui de sa prétention.

Une jurisprudence abondante, antérieure à l'arrêt *Doyle*, fait une distinction entre la perte de juridiction sur la personne et la perte de juridiction sur l'infraction, c'est-à-dire l'acte d'accusation ou la dénonciation. La perte de juridiction sur la personne se produirait lorsque la cour ne respecte pas les dispositions du *Code criminel* en matière d'ajournement et de renvoi. Même si la juridiction sur la personne était perdue, elle pourrait être regagnée lorsque l'accusé comparaît devant la Cour, volontairement ou suite à un mandat d'arrestation. Les procédures continueraient alors sur la dénonciation ou l'acte d'accusation initiaux. Voir *R. v. Bence et al, Ex p. Regina Oral Arts Ltd.*⁷; *Re Kuhn and the Queen*⁸; *R. v. Stedelbauer Chevrolet Oldsmobile Ltd.*⁹; *Re Groves Certiorari*

⁷ [1970] 2 C.C.C. 151 (Sask. C.A.).

⁸ (1975), 19 C.C.C. (2d) 556 (Ont. C.A.).

⁹ [1974] 6 W.W.R. 362 (Alta. C.A.).

⁷ [1970] 2 C.C.C. 151 (C.A. Sask.).

⁸ (1975), 19 C.C.C. (2d) 556 (C.A. Ont.).

⁹ [1974] 6 W.W.R. 362 (C.A. Alta.).

*Groves Certiorari Application*¹⁰; but see also *St-Pierre v. The Queen*¹¹, and *Kolot v. Hemsworth*¹².

The judgment in *Doyle* cast doubt upon the validity of a distinction between jurisdiction over the person and jurisdiction over the offence. Very briefly, these were the circumstances in *Doyle*. There had been a number of delays and adjournments, each of which had been met by protest from counsel representing Doyle. Although the information had been initiated December 8, 1973, it was not until April 1, 1974, that the charge was read to the accused. At that time, the Court further adjourned the trial to a time four months later. Doyle then brought an application for a writ of *mandamus* declaring void his recognizance. Mr. Justice Ritchie, writing for this Court, held that the failure to put the accused to his election "involved the loss of jurisdiction over the accused" (p. 607); and, by adjourning the case for more than eight days, "jurisdiction over the person of the accused was accordingly lost" (p. 608). Later in the judgment, in *obiter dicta*, Mr. Justice Ritchie, had this to say:

In the present case if the magistrate had granted an adjournment for eight days and then done nothing, the situation would have been exactly within the *Trenholm* decision and I cannot see that the affirmative violation of the *Code* by adjournment for more than eight days which occurred here affords any distinction in principle from the acquiescence in allowing an eight-day adjournment to expire which is what occurred in *Trenholm*. (p. 609)

It is this language which has been interpreted as removing the distinction between loss of jurisdiction over the information or indictment and loss of jurisdiction over the person. See the annotation "The Wonderful World of Practice", 35 C.R.N.S. 14 at p. 19; also "Criminal Law and Procedure", (1977) 9 Ott.L.R. 568 at p. 648.

It should be observed at the outset that this case approximates the situation in *Trenholm*, where "nothing is done", rather than in *Doyle*, where there was a clear contravention of a specific provision of the *Code* relating to adjournments. *Doyle*

*Application*¹⁰; mais voir également *St-Pierre c. La Reine*¹¹, et *Kolot v. Hemsworth*¹².

L'arrêt *Doyle* jette un doute sur la validité de la distinction entre la juridiction sur la personne et la juridiction sur l'infraction. Voici très brièvement la situation qui se présentait dans l'affaire *Doyle*. Il y avait eu plusieurs retards et ajournements et chacun d'eux avait été contesté par l'avocat représentant Doyle. Bien que la dénonciation ait été déposée le 8 décembre 1973, ce n'est que le 1^{er} avril 1974 que l'accusation a été lue au prévenu. A cette date, la Cour a ajourné le procès à quatre mois. Doyle a alors présenté une requête visant à obtenir un *mandamus* déclarant nul son engagement. Le juge Ritchie, qui a écrit au nom de cette Cour, a conclu que l'omission d'inviter le prévenu à faire son choix «entraîne la perte de juridiction sur le prévenu» (p. 607); et, qu'en ajournant l'affaire pour plus de huit jours, «il a ainsi perdu toute juridiction sur la personne du prévenu» (p. 608). Plus loin, dans le jugement, le juge Ritchie a dit en *obiter*:

En l'espèce, si le magistrat avait accordé un ajournement de huit jours sans rien faire par la suite, la situation aurait cadré parfaitement avec l'arrêt *Trenholm* et je ne vois pas comment l'ajournement de plus de huit jours accordé en l'espèce, qui constitue par ailleurs une violation effective du *Code*, se distingue en principe de ce qui s'est passé dans l'affaire *Trenholm* où l'on avait laissé expirer un ajournement de huit jours. (p. 609)

C'est ce passage qui a été interprété comme supprimant la distinction entre perte de juridiction sur la dénonciation ou l'acte d'accusation et perte de juridiction sur la personne. Voir la note «The Wonderful World of Practice», 35 C.R.N.S. 14 à la p. 19; également «Criminal Law and Procedure», (1977) 9 Ott. L.R. 568, à la p. 648.

Il faut remarquer au départ que cette affaire-ci se rapproche de la situation dans l'affaire *Trenholm*, où «rien n'est fait», plutôt que de celle dans l'affaire *Doyle*, où il y avait une violation manifeste d'une disposition précise du *Code* en matière

¹⁰ [1972] 2 W.W.R. 399 (B.C.S.C.).

¹¹ (1965), 47 C.R. 213 (Que. C.A.).

¹² (1967), 59 W.W.R. 755 (Sask. Q.B.).

¹⁰ [1972] 2 W.W.R. 399 (C.S. C.-B.).

¹¹ (1965), 47 C.R. 213 (C.A. Qué.).

¹² (1967), 59 W.W.R. 755 (C.B.R. Sask.).

did nothing to erode the view expressed in *Trenholm* that when the assigned date passes, without action taken, jurisdiction is lost. *Doyle* had the effect of recognizing a like loss of jurisdiction when there has been an irregular adjournment or remand. If the *dicta* in *Doyle* could be said to have suppressed the distinction between jurisdiction over the person and jurisdiction over the offence, s. 440.1 may be seen as restoring that distinction, in the sense that it permits the court, judge, magistrate or justice to issue a summons or warrant to secure attendance of an accused or defendant where there is any failure to comply with the provisions of the *Code* relating to adjournments or remands. The validity of the proceeding is not affected by such failure.

The Crown advances two main arguments. First, it is said that in setting an adjournment to a certain time and place, and allowing it to expire without the court taking steps to extend the adjournment or otherwise deal with the matter, there has been a failure to comply with the provisions relating to adjournments. When the court does nothing on the 'adjourned' date, it has failed to comply with the terms of the adjournment and is therefore within the curative scope of s. 440.1.

Second, it is argued that the section ought to be given a liberal construction; taking a fair and liberal reading, failure to deal with a matter on the adjourned date is a failure relating to an adjournment. The spirit in which s. 440.1 was enacted was that of resolving procedural irregularities and losses of jurisdiction. If *Doyle* teaches that there is no difference in principle between the two sets of circumstances in which formerly there would have been a loss of jurisdiction, then s. 440.1 ought to be applied equally to cover losses of jurisdiction over the person and the offence. More particularly, it is urged that the section can be used to remedy a failure by the court to attend proceedings set for a particular day.

The Crown submits that a narrow reading of s. 440.1 will revive the dichotomy of loss of jurisdiction and that the section should receive such large

d'ajournement. Rien dans l'arrêt *Doyle* ne mine l'opinion exprimée dans *Trenholm* que, lorsque la date fixée passe sans qu'aucune mesure soit prise, il y a perte de juridiction. L'arrêt *Doyle* a eu pour effet de reconnaître une perte semblable de juridiction lorsqu'il y a eu un ajournement ou un renvoi irrégulier. Si l'on pouvait dire que le *dicta* dans l'arrêt *Doyle* a supprimé la distinction entre juridiction sur la personne et juridiction sur l'infraction, on pourrait considérer que l'art. 440.1 rétablit cette distinction, dans le sens qu'il permet à la cour, au juge, au magistrat ou au juge de paix de délivrer une sommation ou un mandat d'arrestation pour garantir la comparution du prévenu ou du défendeur lorsqu'il y a défaut de se conformer aux dispositions du *Code* en matière d'ajournement ou de renvoi. La validité de la procédure n'est pas altérée par pareil défaut.

Le ministère public soumet deux arguments principaux. Premièrement, il prétend que fixer un ajournement à un jour et lieu donnés et le laisser passer sans que la cour prenne des mesures pour le prolonger ou autrement examiner l'affaire, revient à un défaut de se conformer aux dispositions en matière d'ajournement. Lorsque la Cour ne fait rien au jour fixé par ajournement, elle fait défaut de se conformer aux modalités de l'ajournement et le correctif de l'art. 440.1 s'applique alors.

Deuxièmement, il prétend qu'on devrait interpréter l'article de façon libérale; selon une interprétation équitable et libérale, le défaut d'entendre une affaire à la date fixée par ajournement est un défaut en matière d'ajournement. L'article 440.1 a été édicté dans l'esprit de remédier aux irrégularités de procédure et aux pertes de juridiction. Si l'arrêt *Doyle* enseigne qu'en principe il n'y a pas de différence entre les deux séries de circonstances qui antérieurement auraient entraîné une perte de juridiction, alors l'art. 440.1 doit être appliqué également pour réparer les pertes de juridiction sur la personne et sur l'infraction. De façon plus précise, on fait valoir que l'article peut être utilisé pour remédier au défaut de la cour d'agir dans des procédures fixées à une date donnée.

Le ministère public prétend qu'une interprétation stricte de l'art. 440.1 fera revivre la dichotomie de la perte de juridiction et que l'article

interpretation as will save jurisdiction in a case such as the one at bar. It might be noted that a broad interpretation was given in *Magna v. R.*¹³; in *R. v. Griffin, Whyte, Porter, and Bruce* (Ont. Weekly Court, August 15, 1978, unreported); and in *Craven and National Aviation Consultants Ltd. v. R.* (Toronto Weekly Court, March 26, 1979, unreported). A narrow interpretation was preferred by the Supreme Court of Prince Edward Island sitting *in banco* in *R. v. Barry* (October 11, 1978, unreported).

In my view, the interpretation the Crown would give to the word "adjournment", in order to use s. 440.1 to cure a loss of jurisdiction consequent upon a failure of the court to attend, is both artificial and contrived. The language of s. 440.1(1), read in its grammatical and ordinary sense, is simply not wide enough to cover the situation, as here, where there is failure on the part of the court to proceed. The language of s. 440.1(2) is equally inapposite.

Section 440.1(1), on a plain reading, contemplates three elements, precedent to the operation of the section, namely, (i) a proceeding before a court, judge, magistrate or justice; (ii) failure to comply with the provisions of the *Code* relating to adjournments or remands; (iii) non-appearance of the accused or defendant at any such proceeding or adjournment thereof. In my view, it is doubtful if any one of these elements is present in circumstances where the accused or defendant appears at the time and place appointed, but the court fails to appear and nothing is done.

Section 440.1 is directed to the situation where there has been a procedural defect or irregularity in respect of adjournments or remands. The court may purport to adjourn the trial or remand the accused, but inadvertently breach some provision of the *Criminal Code* in so doing. A good example is the case in which the magistrate contravenes the eight-day time limitation by adjourning the matter beyond eight days without consent (*R. v. Dupras Ltd.*; *R. v. Latraverse*¹⁴) or *sine die* (*Queen v.*

devrait recevoir une interprétation assez large pour protéger la juridiction dans une situation comme la présente. On peut remarquer qu'une interprétation large a été donnée dans *Magna v. R.*¹³; dans *R. v. Griffin, Whyte, Porter, and Bruce* (Ont. Weekly Court, 15 août 1978, inédit); et dans *Craven and National Aviation Consultants Ltd. v. R.* (Toronto Weekly Court, 26 mars 1979, inédit). La Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, siégeant *in banco*, dans *R. v. Barry* (11 octobre 1978, inédit) a préféré une interprétation stricte.

A mon avis, l'interprétation que le ministère public voudrait donner au mot «ajournement», afin d'utiliser l'art. 440.1 pour remédier à une perte de juridiction résultant du défaut de la cour d'agir, est à la fois artificielle et forcée. Le texte du par. 440.1(1), lu dans son sens grammatical et ordinaire, n'est tout simplement pas assez large pour s'appliquer à une situation, comme en l'espèce, où il y a défaut d'agir de la part de la cour. Le texte du par. 440.1(2) est également inapplicable.

A sa simple lecture, le par. 440.1(1) envisage trois éléments préalables à l'application de l'article, savoir, (i) une procédure devant une cour, un juge, un magistrat ou un juge de paix; (ii) un défaut de se conformer aux dispositions du *Code* en matière d'ajournement ou de renvoi; (iii) la non-comparution du prévenu ou du défendeur à une telle procédure ou à son ajournement. A mon avis, il est douteux que l'un de ces éléments soit présent dans le cas où le prévenu ou le défendeur comparaît à l'heure et à l'endroit indiqués, mais que la cour ne se présente pas et que rien n'est fait.

L'article 440.1 vise la situation où il y a eu un vice ou une irrégularité de procédure en matière d'ajournement ou de renvoi. La Cour peut avoir l'intention d'ajourner le procès ou de renvoyer la comparution du prévenu mais, ce faisant, peut enfreindre par inadvertance des dispositions du *Code criminel*. Un bon exemple est le cas où le magistrat contrevient au délai limite de huit jours en ajournant l'affaire à plus de huit jours sans consentement (*R. v. Dupras Ltd.*; *R. v. La-*

¹³ (1977), 40 C.R.N.S.1.

¹⁴ (1924), 47 C.C.C. 324 (Que. K.B.).

¹³ (1977), 40 C.R.N.S. 1.

*Morse*¹⁵; *Queen v. Quinn*¹⁶; *R. v. Moore*¹⁷). In those circumstances, the proceedings are not to be held to be invalid. Section 440.1, in effect, gives statutory recognition to the earlier practice of issuing a summons or warrant to bring an accused person before the court where there had been an improper adjournment and the accused failed to appear.

The problem in the instant case was not one of contravention of the requisities of the *Code* relating to adjournments. There was no failure to comply with any provision of the *Code*. The imbroglia arose because the court failed to appear and nothing was done at the time and place set for trial.

In the case of *Doyle*, the Court evidenced, as I have indicated, a willingness to abandon the distinction between loss of jurisdiction over the person (as in improper adjournments) and loss of jurisdiction over the offence (as in a failure to proceed). Section 440.1, however, cannot be interpreted as embracing both eventualities. It is not so worded as to save jurisdiction over the offence when the court has not acted. The *Trenholm* decision, affirmed in *Doyle*, governs this appeal.

I add this *caveat*. The Appellate Division was of opinion that the Court had lost jurisdiction over the offence, but that a new information was available, if one could be laid within the limitation period for summary conviction cases. The question of whether a new information may be laid after jurisdiction has been lost is not before us, and I refrain from any extended discussion on the point, in the absence of argument and on the narrow facts of this case. It is manifest, however, that there will be occasions on which the laying of a new information will not be available. Time limitations may preclude it. Indeed, the laying of another information may amount to nothing less than an abuse of process. The successful challenge

*traverse*¹⁴) ou *sine die* (*Queen v. Morse*¹⁵; *Queen v. Quinn*¹⁶; *R. v. Moore*¹⁷). Dans ces circonstances, les procédures ne sont pas déclarées invalides. En effet, l'art. 440.1 consacre légalement la pratique antérieure de délivrer une sommation ou un mandat d'arrestation pour amener le prévenu devant la Cour lorsqu'il y a eu un ajournement irrégulier et que le prévenu a fait défaut de comparaître.

Il ne s'agit pas, en l'espèce, d'une question de violation des exigences du *Code* en matière d'ajournement. Il n'y a pas eu défaut de se conformer aux dispositions du *Code*. L'imbroglia provient de ce que la cour n'a pas siégé et que rien n'a été fait à l'heure et à l'endroit fixés pour le procès.

Dans l'arrêt *Doyle*, la Cour a manifesté, comme je l'ai indiqué, une volonté d'abandonner la distinction entre la perte de juridiction sur la personne (comme dans le cas d'ajournements irréguliers) et la perte de juridiction sur l'infraction (comme dans le cas d'un défaut d'agir). Cependant on ne peut interpréter l'art. 440.1 comme s'appliquant à ces deux éventualités. Il n'est pas formulé de façon à protéger la juridiction sur l'infraction lorsque la cour n'a pas agi. C'est l'arrêt *Trenholm*, confirmé dans l'arrêt *Doyle*, qui détermine l'issue du présent pourvoi.

J'ajoute une mise en garde. La Division d'appel est d'avis que la cour a perdu juridiction sur l'infraction mais que l'on pouvait porter une nouvelle dénonciation s'il était possible de le faire dans le délai de prescription des déclarations sommaires de culpabilité. La question de savoir si une nouvelle dénonciation peut être faite après une perte de juridiction ne nous est pas soumise et je m'abstiens d'élaborer sur le sujet en l'absence d'argumentation et vu les faits étroits de la présente affaire. Il est toutefois évident qu'il y aura des cas où il ne sera pas possible de faire une nouvelle dénonciation. Les délais de prescription peuvent l'empêcher. Le dépôt d'une autre dénonciation peut même équivaloir à rien de moins qu'un abus

¹⁵ (1890), 22 N.S.R. 298.

¹⁶ (1897), 2 C.C.C. 153.

¹⁷ (1924), 42 C.C.C. 67.

¹⁴ (1924), 47 C.C.C. 324 (B.R. Qué.).

¹⁵ (1890), 22 N.S.R. 298.

¹⁶ (1897), 2 C.C.C. 153.

¹⁷ (1924), 42 C.C.C. 67.

to jurisdiction may not come until after trial on the merits and conviction. The full effect of s. 440.1(2) and possible prejudice to the accused, through the laying of a new information, would require consideration. The *dicta* in *Doyle* should not therefore, in my opinion, be taken as authority for the proposition that in every case it will be possible, when jurisdiction over the offence is lost, to lay another information in the same jurisdiction charging the same offence.

I would dismiss the appeal. Pursuant to the order granting leave to appeal to this Court, the appellant will pay the costs of the respondent on a solicitor and client basis.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Solicitors for the respondent: McLennan, Ross, Taschuk & Ponting, Edmonton.

de procédure. Il se peut que l'on ne réussisse à contester la juridiction qu'après le procès sur le fond et la déclaration de culpabilité. Il faudrait tenir compte de toute la portée du par. 440.1(2) et du préjudice possible qu'entraînerait, pour le prévenu, le dépôt d'une nouvelle dénonciation. Donc, à mon avis, il ne faudrait pas considérer que le *dicta* dans l'arrêt *Doyle* fait autorité pour la proposition qu'il sera toujours possible, lorsqu'il y a perte de juridiction sur l'infraction, de déposer une autre dénonciation dans le même ressort et au regard de la même infraction.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Suivant la condition de l'autorisation, l'appelante doit payer les dépens de l'intimée comme entre avocat et client.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intimée: McLennon, Ross, Taschuk & Ponting, Edmonton.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Wesley Grant Thompson *Respondent*.

1979: October 17; 1980: March 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR THE NORTHWEST TERRITORIES

Criminal law — Court clerk unable to locate information on date of scheduled appearance — No action taken by Court on charges — Information later located elsewhere with another magistrate — Accused summoned to appear at later date — Objection taken to jurisdiction of Court — Loss of jurisdiction.

R. v. Krannenburg, [1980] 1 S.C.R. 1053, followed.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for the Northwest Territories allowing an appeal from a decision of Tallis J.¹ dismissing the respondent's application for an order of prohibition. Appeal dismissed.

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

Barrie Chivers, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—The judgment in *R. v. Krannenburg*, delivered concurrently, determines the present appeal. The facts in the two cases are different, but the procedural question is common to both.

In the instant case, the respondent was charged with (i) failing to comply with a demand made by a peace officer to provide a sample of his breath; and (ii) driving while impaired. On the appointed date, he appeared before the magistrate in Hay River, Northwest Territories. Paragraph 9 of the agreed statement of facts reads:

THAT at that time, the Clerk could not locate the information, that the information was not present in

¹ (1978), 38 C.C.C. (2d) 498.

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Wesley Grant Thompson *Intimé*.

1979: 17 octobre; 1980: 3 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DES TERRITOIRES DU NORD-OUEST

Droit criminel — Greffier incapable de trouver les renseignements sur la date de comparution prévue — Aucune mesure prise par la cour eu égard aux accusations — Dénonciations trouvées plus tard entre les mains d'un autre magistrat — Accusé sommé de comparaître à une date postérieure — Contestation de la juridiction de la cour — Perte de juridiction.

Arrêt suivi: *R. c. Krannenburg*, [1980] 1 R.C.S. 1053.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel des territoires du Nord-Ouest qui a accueilli un appel interjeté de la décision du juge Tallis¹ qui rejetait la requête en prohibition de l'intimé. Pourvoi rejeté.

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

Barrie Chivers, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DICKSON—L'arrêt *R. c. Krannenburg*, rendu concurremment, décide du présent pourvoi. Les faits dans les deux affaires sont différents, mais la question de procédure est la même.

En l'espèce, l'intimé a été accusé d'avoir (i) refusé d'obtempérer à la demande d'un agent de la paix de fournir un échantillon d'haleine; et (ii) d'avoir conduit un véhicule à moteur alors que ses facultés étaient affaiblies. A la date fixée, il a comparu devant un magistrat à Hay River, territoires du Nord-Ouest. Voici le paragraphe 9 de l'exposé conjoint des faits:

[TRADUCTION] QU'à cette date, le greffier n'a pas pu trouver les dénonciations, que les dénonciations ne se

¹ (1978), 38 C.C.C. (2d) 498.

Court and that no action of any nature whatsoever was taken by the Court on the charges.

Nothing was done. The informations were missing. It later developed that they were in the possession of another magistrate in Yellowknife. When the respondent was summoned to appear at a later date, objection was taken to the jurisdiction of the Court.

The Court of Appeal of the Northwest Territories, following the judgment of the Alberta Appellate Division in *Krannenburg*, allowed the appeal of the accused from the decision of Tallis J.

I would dismiss the appeal. Pursuant to the order granting leave to appeal to this Court, the appellant will pay the costs of the respondent on a solicitor and client basis.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: E. G. Ewaschuk, Ottawa.

Solicitor for the respondent: A. B. C. Chivers, Ottawa.

trouvaient pas dans la salle d'audience et qu'aucune mesure quelle qu'elle soit n'a été prise par la cour eu égard aux accusations.

Rien n'a été fait. Les dénonciations manquaient. Il s'est avéré plus tard qu'elles étaient entre les mains d'un autre magistrat à Yellowknife. Lorsque l'intimé a été sommé de comparaître à une date postérieure, la juridiction de la cour a été contestée.

La Cour d'appel des territoires du Nord-Ouest, suivant l'arrêt *Krannenburg* de la Division d'appel de l'Alberta, a accueilli l'appel interjeté par l'accusé de la décision du juge Tallis.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Suivant la condition de l'autorisation, l'appelante doit payer les dépens de l'intimé comme entre avocat et client.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelante: E. G. Ewaschuk, Ottawa.

Procureur de l'intimé: A. B. C. Chivers, Ottawa.

Joseph Lottman and Judy Teichberg
Appellants;

and

Sam Stanford and Harry Ungerman
Respondents;

and

Emma Lottman *Respondent.*

1979: March 21, 22; 1980: January 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Wills — Construction — Rule in Howe v. Earl of Dartmouth — Applicability to realty — Duty of trustees.

Trusts and trustees — Conversion of real property of residue — Rule in Howe v. Earl of Dartmouth — Duty of trustees.

The issue was the application in Ontario of the rule in *Howe v. Lord Dartmouth* (1802), 7 Ves. Jr. 137, 32 E.R. 56, *i.e.* where residuary personalty is settled on death for the benefit of persons who are to enjoy it in succession, the duty of the trustees is to convert all such parts of it as are of a wasting or future or reversionary nature, or consist of unauthorized securities, into property of a permanent and income bearing character.

After the usual revocation of earlier wills and the appointment of executors and trustees the deceased gave all his property to his trustees upon trust to pay debts, funeral and testamentary expenses and death taxes, and to deliver certain specific assets to his son Joseph, his daughter Judy and his wife Emma with directions to convert assets in the trustee's absolute discretion and to keep invested the residue of the estate, paying the net income therefrom to his wife with discretion to make certain payments for her out of capital. On the death of his wife the residue of the estate was to go to his four children in equal shares. The testator died in 1972 leaving a \$341,000 estate of which some \$285,000 was real property. For the period of almost three years, to December 31, 1975, the widow as life tenant had received only \$7,000. She sought relief by way of originating motion. The motion, opposed by two remaindermen, was dismissed in weekly court where the judge left open the question of whether the rule in *Howe v. Lord Dartmouth* applied in Ontario to real property while

Joseph Lottman et Judy Teichberg
Appellants;

et

Sam Stanford et Harry Ungerman *Intimés;*

et

Emma Lottman *Intimée.*

1979: 21 et 22 mars; 1980: 29 janvier.

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

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

Testaments — Interprétation — Règle de Howe v. Earl of Dartmouth — Applicabilité aux biens immobiliers — Obligation des fiduciaires.

Fiducies et fiduciaires — Réalisation des bien-fonds du reliquat — Règle de Howe v. Earl of Dartmouth — Obligation des fiduciaires.

La question porte sur l'application en Ontario de la règle énoncée dans *Howe v. Lord Dartmouth* (1802), 7 Ves. Jr. 137, 32 E.R. 56, savoir lorsqu'en vertu d'un testament, le reliquat des biens mobiliers est légué à des personnes qui doivent en jouir successivement, il incombe aux fiduciaires d'en transformer tous les éléments à caractère peu rentable, futur ou réversible, ou tous ceux constitués de valeurs mobilières non autorisées, en biens permanents et productifs de revenus.

Après avoir, comme le veut l'usage, révoqué tous testaments antérieurs et nommé les exécuteurs testamentaires et les fiduciaires, le testateur confie tous ses biens aux fiduciaires à charge pour ces derniers de payer les dettes, les frais funéraires, les dépenses relatives au règlement de la succession et les droits successoraux et de transmettre des biens déterminés à son fils Joseph, à sa fille Judy et à son épouse Emma. Il enjoint aux fiduciaires, à leur entière discrétion, de réaliser tous les biens mobiliers, d'investir le reliquat de sa succession et de verser le revenu net en découlant à sa femme à même le capital du reliquat, tout montant qu'ils jugeront nécessaire ou utile en vue de certains paiements. À la mort de sa femme le reliquat de ses biens sera légué en parts égales à ses quatre enfants. Le testateur est décédé en 1972 laissant un patrimoine de \$341,000 dont approximativement \$285,000 en biens immobiliers. De la date du décès au 31 décembre 1975 la veuve en sa qualité de bénéficiaire viager a reçu la somme de \$7,000. Elle a demandé un redressement par requête

holding that it could not apply on the facts here as the real property in question was neither unproductive nor wasting. The Court of Appeal however held that the rule did apply, that the executors were under a duty to convert and a sale of the real property was directed.

Held: The appeal should be allowed.

The rule in *Howe v. Lord Dartmouth* is a rule requiring the trustee of an estate to deal even handedly between the life tenant and the remaindermen and operates to compel a conversion of wasting or unproductive personalty and the investment of the proceeds. A corollary rule is the rule *In re Earl of Chesterfield's Trusts* (1883), 24 Ch. D. 643, which relates to the apportionment between capital and income of the proceeds of the conversion between life tenant and remaindermen.

The restriction of the rule in *Howe v. Lord Dartmouth* to personal property is a rule of long standing and must be presumed to be known to those engaged in the preparation of wills. Rules dealing with estate administration of this nature should not be changed unless there is a positive reason for so doing and in such a case should be done by the legislature which has the power to enact any necessary transition and protective provisions to avoid interference with existing trusts and with rights and obligations acquired and undertaken upon the reasonable expectation that there would be some degree of certainty in the law. Courts must not twist rules such as that in *Howe v. Lord Dartmouth* to interfere with testamentary dispositions for the purpose of remedying supposed injustice.

As to the claim by the widow for "notional income" in the form of a percentage of the value of the unconverted real property, *Lauer v. Stekl* (1974), 47 D.L.R. (3d) 286 aff'd [1976] 1 S.C.R. 781, has no operation here where there is no duty upon the trustees to convert the realty and the rights of the widow subject to any power in the trustees to encroach upon capital for her benefit are limited to the receipt of the actual income earned by the real property.

Howe v. Earl of Dartmouth (1802), 7 Ves. Jr. 137, 32 E.R. 56, considered; *Royal Trust Company v. McMurray and Crawford*, [1955] S.C.R. 184; *In re Earl of Chesterfield's Trusts* (1883), 24 Ch. D. 643; *In re Lauer*

introductive d'instance. La requête, opposés par deux appelés, a été rejeté par la Cour des sessions hebdomadaires où le juge ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si la règle énoncée dans *Howe v. Lord Dartmouth* s'appliquait aux biens immobiliers en Ontario, car, à son avis, l'immeuble en cause n'était ni improductif ni peu rentable. La Cour d'appel a toutefois conclu que la règle s'appliquait et qu'il incombait aux exécuteurs testamentaires de réaliser le bien immobilier en cause et en a ordonné la vente.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La règle énoncée dans *Howe v. Lord Dartmouth* exige que le fiduciaire de biens successoraux agisse avec impartialité à l'égard du bénéficiaire viager et des appelés et vise à forcer le fiduciaire à réaliser les biens mobiliers peu rentables ou improductifs et à investir le produit de cette réalisation. Le corollaire de cette règle a été formulé dans *In re Earl of Chesterfield's Trusts* (1883), 24 Ch. D. 643 qui porte sur la répartition en capital et revenu du produit de la réalisation entre le bénéficiaire viager et les appelés.

L'application de la règle dans *Howe v. Lord Dartmouth* aux biens mobiliers seulement est une règle établie depuis longtemps. On doit présumer que ceux qui rédigent des testaments la connaissent. Les règles de ce genre qui portent sur l'administration de succession ne doivent pas être modifiées à moins d'une raison précise et en ce cas cela incomberait au législateur qui peut adopter simultanément les dispositions transitoires et protectrices nécessaires pour éviter toute atteinte aux fiducies existantes, aux droits acquis et aux obligations assumées compte tenu de la probabilité raisonnable d'une certaine stabilité des principes juridiques. Les tribunaux ne doivent pas fausser des règles comme celle énoncée dans *Howe v. Lord Dartmouth* pour contourner des dispositions testamentaires en vue de remédier à une prétendue injustice.

En ce qui a trait à la réclamation de la veuve en vue d'obtenir un «revenu spéculatif» sous forme d'un pourcentage de la valeur du bien immobilier non réalisé, l'arrêt *Lauer v. Stekl* (1974), 47 D.L.R. (3d) 286 confirmé par [1976] 1 R.C.S. 781, ne s'applique pas en l'espèce puisque les fiduciaires ne sont pas tenus de réaliser le bien immobilier et que les droits de la veuve, sous réserve du pouvoir des fiduciaires d'entamer le capital de la succession à son profit, se limitent à toucher le revenu réel tiré du bien immobilier.

Jurisprudence: *Howe v. Earl of Dartmouth* (1802), 7 Ves. Jr. 137, 32 E.R. 56 (arrêt examiné); *Royal Trust Company v. McMurray et Crawford*, [1955] R.C.S. 184; *In re Earl of Chesterfield's Trusts* (1883), 24 Ch.

and Stekl (1974), 47 D.L.R. (3d) 286 (B.C.C.A.) aff'd (1975), 54 D.L.R. (3d) 159, [1976] 1 S.C.R. 781; *In re Cameron* (1901), 2 O.L.R. 756; *Re Clark* (1903), 6 O.L.R. 551; *Re Prime* (1924), 25 O.W.N. 522; *Re Pears (No. 1)* (1926), 31 O.W.N. 235; *Re Rutherford*, [1933] O.R. 707; *Re Bingham* (1930), 66 O.L.R. 121; *In re Woodhouse*, [1941] Ch. D. 332, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ allowing an appeal from a judgment of Galligan J.² dismissing an action by way of originating motion by widow and life tenant. Appeal allowed, judgment at trial restored.

D. K. Laidlaw, Q.C., for the appellants.

P. D. Isbister, Q.C., and *D. Hager*, for Emma Lottman, respondent.

Martin R. Kaplan, for the respondents Stanford and Ungerman and the executor Guaranty Trust Co. of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal concerns the application in Ontario of the rule in *Howe v. Lord Dartmouth*³. Adopting the words found in *Hanbury's Modern Equity*, 4th ed., at p. 241, Kerwin, C.J.C., in *Royal Trust Company v. McMurray and Crawford*⁴, at p. 185, expressed it in these terms:

Where residuary personalty is settled on death for the benefit of persons who are to enjoy it in succession, the duty of the trustees is to convert all such parts of it as are of a wasting or future or reversionary nature, or consist of unauthorized securities, into property of a permanent and income bearing character.

The Ontario Court of Appeal applied the rule in the case at bar directing the conversion by the trustees under the will of the deceased Sam Lottman of what it found to be non-productive real property. This appeal is against that judgment.

¹ (1978), 2 E.T.R. 1.

² (1977), 1 E.T.R. 11.

³ (1802), 7 Ves. Jr. 137, 32 E.R. 56.

⁴ [1955] S.C.R. 184.

D. 643; *In re Lauer and Stekl* (1974), 47 D.L.R. (3d) 286 (C.A. C.-B.) conf. par (1975), 54 D.L.R. (3d) 159, [1976] 1 R.C.S. 781; *In re Cameron* (1901), 2 O.L.R. 756; *Re Clark* (1903), 6 O.L.R. 551; *Re Prime* (1924), 25 O.W.N. 522; *Re Pears (No. 1)* (1926), 31 O.W.N. 235; *Re Rutherford*, [1933] O.R. 707; *Re Bingham* (1930), 66 O.L.R. 121; *In re Woodhouse*, [1941] Ch. D. 332.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ qui a accueilli un appel du jugement du juge Galligan² rejetant une action par requête introductive d'instance intentée par la veuve, bénéficiaire viager. Pourvoi accueilli, le jugement de première instance est rétabli.

D. K. Laidlaw, c.r., pour les appelants.

P. D. Isbister, c.r., et *D. Hager*, pour Emma Lottman, intimée.

Martin R. Kaplan, pour les intimés Stanford et Ungerman et l'exécuteur Guaranty Trust Co. of Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Ce pourvoi porte sur l'application en Ontario de la règle énoncée dans *Howe v. Lord Dartmouth*³. La formulation de la règle donnée par *Hanbury's Modern Equity*, 4^e éd. à la p. 241, a été adoptée par le juge Kerwin, juge en chef du Canada, dans l'arrêt *Royal Trust Company c. McMurray et Crawford*⁴ et citée à la p. 185:

[TRADUCTION] Lorsqu'en vertu d'un testament, le reliquat des biens mobiliers est légué à des personnes qui doivent en jouir successivement, il incombe aux fiduciaires d'en transformer tous les éléments à caractère peu rentable, futur ou réversible, ou tous ceux constitués de valeurs mobilières non autorisées, en biens permanents et productifs de revenus.

La Cour d'appel de l'Ontario a appliqué cette règle en l'espèce et a ordonné aux fiduciaires désignés au testament de feu Sam Lottman de réaliser les biens immobiliers improductifs. Ce pourvoi attaque cette décision.

¹ (1978), 2 E.T.R. 1.

² (1977), 1 E.T.R. 11.

³ (1802), 7 Ves. Jr. 137, 32 E.R. 56.

⁴ [1955] R.C.S. 184.

The deceased left a will the significant parts of which are set out hereunder. After the usual revocation of earlier wills and the appointment of executors and trustees, he gave all his property to his trustees upon trust to pay debts, funeral and testamentary expenses and death taxes, and to deliver certain specific assets to his son Joseph, his daughter Judy, and his wife Emma, and then directed the trustees in clause III(d):

To sell, call in and convert into money all of my personal estate at such time and in such manner and upon such terms as my Trustees at their absolute discretion determine, with power to them to postpone such conversion of the whole or any part of such estate for such length of time as they shall think best;

and in clause III (g):

To keep invested the residue of my estate, and to pay the net income derived therefrom to or for my wife, EMMA LOTTMAN, provided she survives me for thirty (30) days. My Trustees shall have the power at any time and from time to time, in their discretion, to pay or expend on behalf of my said wife for medical, hospital or nursing expenses, or other expenses of a similar emergent nature, such amount or amounts out of the capital of the residue of my estate as may be necessary or as they may deem advisable;

He gave the residue of the estate, upon the death of the last survivor of the testator and his widow, to his four children in equal shares providing that the issue of the deceased children would take, by substitution, the shares of the deceased parents.

The deceased died on March 9, 1972, leaving an estate with a gross value, after a re-evaluation imposed by the succession duty authorities, of some \$341,000. Of that total, approximately \$285,000 was represented by real property and the remainder made up of personalty. The residue of the estate, after the settlement of duties, consisted of the real property known as 177-181 Baldwin Street and the remaining proceeds of the sale of another parcel of real property known as 172 Baldwin Street. The one remaining piece of land, 177-181 Baldwin, is subject to a lease to one

Sam Lottman est décédé laissant un testament dont les clauses les plus importantes sont ci-après reproduites. Après avoir, comme le veut l'usage, révoqué tous testaments antérieurs et nommé les exécuteurs testamentaires et les fiduciaires, le testateur confie tous ses biens aux fiduciaires à charge pour ces derniers de payer les dettes, les frais funéraires, les dépenses relatives au règlement de la succession et les droits successoraux et de transmettre des biens déterminés à son fils Joseph, à sa fille Judy et à son épouse Emma. Il enjoint ensuite à ses fiduciaires, en vertu de la clause III d):

[TRADUCTION] De vendre et de réaliser tous mes biens mobiliers au moment, selon le mode et les conditions qu'ils détermineront à leur entière discrétion. Ils sont, de plus, autorisés à différer la réalisation de la totalité ou d'une partie de ces biens pendant la période qu'ils estimeront appropriée;

et de la clause III g):

[TRADUCTION] D'investir le reliquat de ma succession et de verser le revenu net en découlant à mon épouse, EMMA LOTTMAN, à la condition qu'elle me survive pendant trente (30) jours. Mes fiduciaires sont habilités à verser, au besoin et à leur discrétion, à mon épouse à même le capital du reliquat de ma succession, tout montant qu'ils jugeront nécessaire ou utile en vue de payer les frais médicaux, hospitaliers ou infirmiers, ou toutes autres dépenses imprévues de cette nature.

Sam Lottman lègue en parts égales à ses quatre enfants le reliquat de ses biens au décès du dernier vivant, du testateur ou de sa veuve, sous réserve que les descendants des enfants prédécédés reçoivent, par substitution, la part de leur parent défunt.

Sam Lottman est décédé le 9 mars 1972. Il laissait un patrimoine d'une valeur brute fixée approximativement à \$341,000 après la réévaluation exigée par les autorités aux fins des droits successoraux. Ce montant est réparti comme suit: approximativement \$285,000 au titre des biens immobiliers et le reste, au titre des biens meubles. L'actif net de la succession, une fois réglés les droits, était composé d'un bien-fonds situé au 177-181, rue Baldwin et de ce qui restait du produit de la vente d'un autre bien-fonds situé au 172, rue Baldwin. Le seul terrain restant, savoir le 177-181

Joseph Lottman, a son of the deceased, for a period of ten years from September 10, 1972, with a provision for renewal for ten years at an annual rate of \$4,800. This sum is less than the annual taxes. During the period from the date of death until December 31, 1975, the widow, Emma Lottman, as life tenant under the will, had received on account of income for this period of almost three years, the sum of \$7,000.

The widow, being dissatisfied with the income she was receiving from the trustees, commenced proceedings by way of originating notice of motion dated February 2, 1977, asking for relief under various heads. The motion was opposed by Joseph Lottman and Judy Teichberg, two remaindermen. The only two claims involved in this appeal are for a direction that "the executors carry out forthwith the trust for sale set forth in clause III(d) of the will of the deceased" and for a declaration that the widow "is entitled to have paid to her six per cent of the value of the said assets (that is, those unconverted) of the estate determined at the expiration of one year from the death of the said deceased and payable from the date of his death until her death". The argument before this Court was concerned largely with the first claim involving the rule in *Howe v. Lord Dartmouth*, *supra*.

The motion came on for hearing in weekly court and on June 13, 1977, Galligan J. gave judgment dismissing the motion. He left open the question of whether the rule in *Howe v. Lord Dartmouth* applied in Ontario to real property but he held it could not apply to the facts of this case because, in his view, the real property in question was neither unproductive nor wasting.

In the Court of Appeal, McKinnon and Wilson J.J.A. (Weatherston J.A. dissenting), the appeal was allowed. It was held, applying the rule in *Howe v. Lord Dartmouth* to the real property concerned, that the executors were under a duty to convert and a sale of the real property was directed. The executors were further directed to invest

rue Baldwin, a été loué à un nommé Joseph Lottman, fils du de cujus, avec un bail de dix ans à compter du 10 septembre 1972, renouvelable pour dix autres années, moyennant un loyer de \$4,800 par année. Ce montant est inférieur aux taxes annuelles. De la date du décès au 31 décembre 1975, la veuve, Emma Lottman, a reçu en sa qualité de bénéficiaire viager conformément au testament, la somme de \$7,000 à titre de revenu pour cette période de près de trois ans.

Insatisfaite du revenu que lui versaient les fiduciaires, la veuve a entamé des procédures par un avis de requête introductif d'instance daté du 2 février 1977 où elle demandait un redressement sous plusieurs chefs. Deux appelés, savoir Joseph Lottman et Judy Teichberg, s'y ont opposés. Les deux seules réclamations en cause dans ce pourvoi visent l'une, l'obtention d'une ordonnance obligeant [TRADUCTION] «les exécuteurs de s'acquitter immédiatement de l'obligation de vendre prévue à la clause III d) du testament du de cujus»; l'autre, l'obtention d'un jugement déclarant que la veuve [TRADUCTION] «a le droit de recevoir, de la date du décès du de cujus jusqu'à celle de son décès à elle, six pour cent de la valeur de l'actif (c'est-à-dire les éléments d'actif non réalisés) de la succession, calculée à l'expiration d'un an à compter du décès du de cujus». La plaidoirie devant cette Cour porte en grande partie sur la première réclamation qui met en cause la règle énoncée dans *Howe v. Lord Dartmouth*, précité.

La Cour des sessions hebdomadaires a entendu la requête et le 13 juin 1977, le juge Galligan l'a rejetée. Le juge Galligan ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si la règle énoncée dans *Howe v. Lord Dartmouth* s'appliquait aux biens immobiliers en Ontario; il a toutefois conclu qu'elle ne s'appliquait pas aux faits de l'espèce car, à son avis, l'immeuble en cause n'était ni improductif ni peu rentable.

La Cour d'appel par la voix des juges McKinnon et Wilson a accueilli l'appel, le juge Weatherston était dissident. Elle a conclu, en appliquant la règle énoncée dans *Howe v. Lord Dartmouth* aux biens immobiliers, qu'il incombait aux exécuteurs testamentaires de réaliser le bien immobilier en cause et en a ordonné la vente. La Cour a de plus

the proceeds of sale in authorized investments and to pay the appellant widow the income therefrom during her lifetime. It was also ordered that pending conversion of the real property the widow would have a charge upon the property "such charge being seven per cent of the value of the said properties as of one year from the date of the testator's death and payable from the date of the testator's death to the date of the actual conversion, less the amount of any income actually paid to the appellant during the specified period from the properties in question".

In argument before this Court, counsel for the appellant took the position that the sole issue was whether the rule in *Howe v. Lord Dartmouth* applied to compel a conversion of real property in Ontario. It was said further that even if the rule applied to real property it could not affect this case since no finding could reasonably be made that the land was either wasting or non-productive. The respondent widow adopted the judgments of the majority of the Court of Appeal, particularly that of Wilson J.A. She contended that on a reasonable interpretation of the will one could find the power to convert and, failing that, the equitable duty of the trustee to act even handedly between the life tenant and the remaindermen required the conversion of the unproductive realty and justified the application of the rule.

In her judgment, Wilson J.A. said:

The two rules of equity, the Rule in *Howe v. Lord Dartmouth* (*supra*) and its corollary, the Rule in *re Earl of Chesterfield's Trusts* (1883), 24 Ch. D. 643 do not proceed on any presumed intention of the testator that the property must be converted. These rules prescribe that, where the residue of an estate is left to persons in succession, i.e., to a life tenant and remaindermen, such parts of the estate as are of a wasting character or a reversionary or unproductive nature must be realized by the trustees and the proceeds invested in authorized investments unless the will shows a contrary intention.

ordonné aux exécuteurs d'investir le produit de la vente dans des placements autorisés et de verser à la veuve, l'appelante, à titre viager, le revenu tiré de ces placements. La Cour a également ordonné qu'en attendant la réalisation du bien immobilier, la veuve bénéficie d'une charge sur ce bien, [TRADUCTION] «à compter de la date du décès du de cujus jusqu'à la date de la réalisation effective, une charge de sept pour cent de la valeur des biens établie un an après la date du décès du testateur, déduction faite de tout montant effectivement versé à l'appelante au cours de la période visée à titre de revenu tiré des biens en question».

Dans sa plaidoirie devant cette Cour, l'avocat des appelants a fait valoir que la seule question en litige est de savoir si la règle énoncée dans *Howe v. Lord Dartmouth* s'applique pour forcer la réalisation de biens immobiliers en Ontario. Il a allégué en outre que, même si la règle s'applique à des biens immobiliers, elle ne peut avoir d'effet en l'espèce parce qu'on ne peut raisonnablement conclure que le terrain est peu rentable ou improductif. La veuve intimée s'est appuyée sur les jugements de la majorité en Cour d'appel, plus particulièrement sur celui du juge Wilson. Elle a fait valoir qu'une interprétation raisonnable du testament permet de conclure à l'existence d'un pouvoir de réalisation et, subsidiairement, que l'obligation du fiduciaire en *equity* d'agir avec impartialité à l'égard du bénéficiaire et des appelés emporte la réalisation du bien immobilier improductif et justifie l'application de la règle.

Dans son jugement, le juge Wilson s'exprime ainsi:

[TRADUCTION] Les deux règles d'*equity*, savoir celle énoncée dans *Howe v. Lord Dartmouth* (précité) et son corollaire, la règle énoncée dans *In re Earl of Chesterfield's Trusts* (1883), 24 Ch. D. 643, ne partent pas d'une intention présumée du testateur qu'un bien doit être réalisé. Ces règles prévoient que lorsque le reliquat d'une succession est légué à des personnes qui doivent en jouir successivement, c'est-à-dire à un bénéficiaire viager et à des appelés, les éléments de la succession qui présentent un caractère peu rentable ou qui sont de nature réversible ou improductive doivent être réalisés par les fiduciaires et le produit doit être investi dans des placements autorisés, sous réserve d'une intention contraire exprimée dans le testament.

She accepted the view, well settled in the authorities, that the rule in *Howe v. Lord Dartmouth* requires a trustee to deal even handedly between a life tenant and a remainderman by converting wasting or unproductive assets and investing the proceeds of conversion in trustee or, where authorized in the will, other permitted investments. This step enables all interests to be protected and the assets preserved so that the benefits provided for in the will may pass in succession to the respective beneficiaries. She disposed of the contention of the remaindermen that the rule had no application to real property in these words:

It is true that the English courts have confined the application of the Rule in *Howe v. Lord Dartmouth* to personal estate: *In re Woodhouse* [1941] Ch. 332. Accordingly, a life tenant under an English will has no claim to any part of the proceeds of sale of unproductive real estate. Conversely, even if the will directs a sale of the real estate, the life tenant in England is entitled to all of the income produced by it until it is sold. There is no apportionment in either case. Mr. Sheard, however, directed us to a number of Ontario authorities in which the rule was applied to unproductive real estate: *In re Cameron* (1901), 2 O.L.R. 756; *Re Clarke* (1903), 6 O.L.R. 551; *Re Prime* (1924), 25 O.W.N. 522; *Re Pears (No. 1)* (1926), 31 O.W.N. 235; *Re Rutherford* [1933] O.R. 707, [1933] 4 D.L.R. 222 (C.A.). Even if our courts were on a frolic of their own in applying the rule to real estate, which indeed it seems they were, it was in my opinion a frolic which reflected a contemporary Canadian attitude to property. Real estate is not a "sacred cow" in Canada as it was in England when these equitable rules were developed. Sale of the family hereditaments is not fraught with the same trauma and disgrace. I see no reason why in the current social context in Canada a trustee's powers and duties in relation to realty should be any different from his powers and duties in relation to personalty. I would therefore in an appropriate case apply the rule to unproductive or under-productive real estate. Real estate may, I believe, be properly viewed by the trustees as under-productive if the income received from it and

Le juge Wilson a adopté la thèse, bien établie en jurisprudence, que la règle énoncée dans *Howe v. Lord Dartmouth* exige que le fiduciaire agisse avec impartialité à l'égard du bénéficiaire viager et de l'appelé et qu'à cette fin, il réalise les biens peu rentables ou improductifs et en investisse le produit dans des placements de fiduciaires ou, si le testament le permet, dans d'autres placements autorisés. Ainsi, les droits de toutes les parties sont protégés et l'actif conservé afin que les avantages prévus au testament puissent passer successivement aux bénéficiaires respectifs. Elle dispose en ces termes de la prétention des appelés que la règle ne s'applique pas aux biens immobiliers:

[TRADUCTION] Il est vrai que les tribunaux anglais ont limité l'application de la règle énoncée dans *Howe v. Lord Dartmouth* aux biens mobiliers: *In re Woodhouse* [1941] Ch. 332. Par conséquent, en vertu d'un testament en droit anglais, un bénéficiaire viager n'a droit à aucune partie du produit de la vente d'un bien immobilier improductif. En revanche, même si le testament ordonne la vente du bien immobilier, le bénéficiaire viager, en Angleterre, a le droit de recevoir tous les revenus tirés de ce bien jusqu'à la vente de ce dernier. Dans l'un ou l'autre cas, il n'y a pas de répartition. M^e Sheard nous a cependant renvoyés à un certain nombre de décisions de tribunaux ontariens qui ont conclu à l'application de la règle en matière de biens immobiliers improductifs: *In re Cameron* (1901), 2 O.L.R. 756; *Re Clarke* (1903), 6 O.L.R. 551; *Re Prime* (1924), 25 O.W.N. 522; *Re Pears (No. 1)* (1926), 31 O.W.N. 235; *Re Rutherford* [1933] O.R. 707, [1933] 4 D.L.R. 222 (C.A.). Bien que nos tribunaux aient été les seuls à s'aventurer sur le terrain de l'application de la règle à des biens immobiliers, ce qui semble bien le cas, c'est à mon avis une aventure qui reflète une attitude canadienne contemporaine vis-à-vis de la propriété. Les biens immobiliers ne sont pas «sacro-saints» au Canada comme c'était le cas en Angleterre lorsque ces règles d'*equity* ont été élaborées. La vente de l'héritage familial ne s'accompagne pas du même traumatisme et du même déshonneur. Je ne vois pas pourquoi, compte tenu du contexte social actuel au Canada, les pouvoirs et les devoirs d'un fiduciaire en matière de biens immobiliers devraient être différents de ses pouvoirs et devoirs en matière de biens mobiliers. Par conséquent, je serais d'avis d'appliquer la règle, dans un cas approprié, à des biens immobiliers improductifs ou insuffisamment productifs. A mon avis, des fiduciaires peuvent à juste titre considérer un bien immobilier comme insuffisamment productif si le revenu qu'il génère et le taux de rende-

the rate of return on authorized investments is so disparate that it is unfair to the life tenant that it be retained.

While expressing some qualification on another question not now in contention on this appeal, McKinnon J.A. agreed with Wilson J.A.

The rule in *Howe v. Lord Dartmouth*, as has been pointed out, is a rule requiring the trustee of an estate settled in succession to deal even handedly between the life tenant and the remaindermen. It operates to compel, where its operation is not excluded by the testator, a conversion of wasting or unproductive personalty and the investment of the proceeds of such conversion in trustee investments. By this means the life tenant is assured of an income from the assets of the estate and the capital of the estate is preserved for the remainder interests upon the demise of the life tenant. Corollary to that rule is the rule *In re Earl of Chesterfield's Trusts*⁵. It relates to the apportionment between capital and income of the proceeds of the conversion between the life tenant and the remaindermen and is called into play as a result of a conversion of estate assets resulting either from the application of the rule in *Howe v. Lord Dartmouth* or from an express provision in the will. However, with the greatest of deference, I do not agree with Wilson J.A. that the rule may be applied in this case.

It will be observed that clause III(d) of the will contains a direction to convert the personal estate at the discretion of the trustees. Clause III(g) directs the investment of the residue. There is therefore no room for the operation of the rule which is wholly unnecessary where a specific direction to convert is given: see *In re Lauer and Stekl*⁶. In the case at bar, the personal estate is subject to a direction requiring conversion and, in that respect, recourse to the rule is therefore unnecessary. As far as the real property is concerned, the rule in *Howe v. Lord Dartmouth* has never been extended to real property. All the authorities and text writers to which I have been referred and

ment des placements autorisés sont à ce point disparates qu'il devient injuste pour le bénéficiaire de le conserver.

Avec certaines réserves relativement à une autre question qui n'est pas contestée dans ce pourvoi, le juge McKinnon a souscrit aux motifs du juge Wilson.

La règle énoncée dans *Howe v. Lord Dartmouth*, comme on l'a fait remarquer, exige que le fiduciaire de biens transmis successivement agisse avec impartialité à l'égard du bénéficiaire viager et des appelés. Cette règle vise à forcer le fiduciaire à réaliser les biens mobiliers peu rentables ou improductifs et à investir le produit de cette réalisation dans des placements de fiduciaires, à moins que le testateur n'en ait exclu l'application. De cette façon, le bénéficiaire viager est assuré de recevoir un revenu tiré de l'actif de la succession et le capital de la succession est préservé pour les appelés au décès du bénéficiaire viager. Le corollaire de cette règle a été formulé dans *In re Earl of Chesterfield's Trusts*⁵. Il porte sur la répartition en capital et revenu du produit de la réalisation entre le bénéficiaire viager et les appelés et s'applique lorsque l'actif d'une succession est réalisé en application de la règle énoncée dans *Howe v. Lord Dartmouth* ou d'une clause expresse du testament. Cependant, avec égards, je ne suis pas d'accord avec la conclusion du juge Wilson que la règle peut s'appliquer en l'espèce.

On remarque que la clause III(d) du testament enjoint aux fiduciaires de réaliser, à leur discrétion, les biens mobiliers. La clause III(g) ordonne le placement du reliquat. Par conséquent, il n'y a pas lieu d'appliquer la règle qui est tout à fait inutile lorsqu'un testament ordonne de façon spécifique la réalisation de biens: voir *In re Lauer and Stekl*⁶. En l'espèce, une clause prévoit que les biens mobiliers doivent être réalisés et par conséquent, le recours à la règle n'est pas nécessaire. Quant aux biens immobiliers, la règle énoncée dans *Howe v. Lord Dartmouth* ne leur a jamais été étendue. Toute la jurisprudence et toute la doctrine auxquelles on m'a renvoyé et que j'ai pu trouver

⁵ (1883), 24 Ch. D. 643.

⁶ (1974), 47 D.L.R. (3d) 286 (B.C.C.A.) aff'd (1975), 54 D.L.R. (3d) 159, [1976] 1 S.C.R. 781.

⁵ (1883), 24 Ch. D. 643.

⁶ (1974), 47 D.L.R. (3d) 286 (C.A. C.-B.) confirmé par (1975), 54 D.L.R. (3d) 159, [1976] 1 R.C.S. 781.

which I have been able to discover emanating from common law jurisdictions (excepting the United States of America) confine its operation to personality. Wilson J.A., in the passage above quoted, recognized this proposition, but was of the view that an exception had been made in the Province of Ontario. She cited various authorities but again, and with the utmost respect, I am of the opinion that none of the cases she cited is authority for the proposition that the rule in *Howe v. Lord Dartmouth* applies to real property in Ontario. *In re Cameron*⁷, was a case turning upon the application of the rule in the *Earl of Chesterfield's Trusts* regarding the apportionment between income and capital and in so far as conversion of real property was concerned it resulted not from the operation of any rule of equity but from the direction in the will to set apart the sum of \$50,000 out of the estate; *Re Clark*⁸ was a case where the will gave a power to sell both real and personal property; *Re Prime*⁹ was a case where the will provided an express duty to convert real and personal property; *Re Pears (No. 1)*¹⁰ was a case where the will gave a power to convert the residue with a power to postpone leaving no room for the application of the rule; *Re Rutherford*¹¹ was a case where the will gave an express duty to convert. A further case mentioned in argument, *Re Bingham*¹² adds no force to the contention that the rule has been applied in Ontario, for a direction in the will in that case authorized the conversion of "so much of my property as may be necessary for the purpose of carrying into effect the provisions of this my will". These cases are not illustrations of the application of the rule in *Howe v. Lord Dartmouth* requiring the conversion of real property. In each case the conversion, in so far as it applied to real property, resulted from a direction in the will. These cases all deal with the apportionment between capital and income of the proceeds of such conversion and, in so far as they depart from older authority, they do so by applying principles of apportionment of the nature applied in the *Earl of Chesterfield's*

émanant de juridictions de *common law* (à l'exception des États-Unis d'Amérique) en limitent l'application aux biens mobiliers. Dans l'extrait précité, le juge Wilson a reconnu le bien-fondé de cette proposition mais elle était d'avis qu'une exception avait été faite en Ontario. Elle a cité diverses décisions mais, encore une fois, j'estime, avec égards, qu'aucune de ces décisions n'étaye la proposition que la règle énoncée dans *Howe v. Lord Dartmouth* s'applique à des biens immobiliers en Ontario. L'affaire *In re Cameron*⁷ portait sur l'application de la règle énoncée dans *Earl of Chesterfield's Trusts* relativement à la répartition entre revenu et capital, et la réalisation des biens immobiliers n'y découlait pas de l'application d'une règle d'*equity*, mais du testament qui ordonnait le prélèvement d'une somme de \$50,000 à même la succession; dans *Re Clark*⁸ le testament autorisait la vente de biens immobiliers et de biens mobiliers; dans *Re Prime*⁹ le testament prévoyait une obligation expresse de réaliser les biens immobiliers et mobiliers; dans *Re Pears (No. 1)*¹⁰ le testament autorisait la réalisation du reliquat avec un pouvoir de différer cette réalisation, ce qui rendait impossible l'application de la règle; dans *Re Rutherford*¹¹, le testament prévoyait expressément une obligation de réalisation. L'affaire *Re Bingham*¹², une décision citée au cours de la plaidoirie, n'ajoute rien à l'argument que la règle a été appliquée en Ontario; en effet, une clause du testament autorisait la réalisation [TRADUCTION] «d'autant de mes biens qu'il sera nécessaire pour mettre à exécution les dispositions de mon testament». Ces décisions ne sont pas des illustrations de l'application de la règle énoncée dans *Howe v. Lord Dartmouth* à la réalisation de biens immobiliers. Dans chaque cas, la réalisation, dans la mesure où elle portait sur des biens immobiliers, découlait d'une clause du testament. Ces affaires traitent toutes de la répartition du produit de cette réalisation entre capital et revenu et, quand elles s'écartent de la jurisprudence ancienne, elles le font en appliquant des principes de répartition du

⁷ (1901), 2 O.L.R. 756.

⁸ (1903), 6 O.L.R. 551.

⁹ (1924), 25 O.W.N. 522.

¹⁰ (1926), 31 O.W.N. 235.

¹¹ [1933] O.R. 707.

¹² (1930), 66 O.L.R. 121.

⁷ (1901), 2 O.L.R. 756.

⁸ (1903), 6 O.L.R. 551.

⁹ (1924), 25 O.W.N. 522.

¹⁰ (1926), 31 O.W.N. 235.

¹¹ [1933] O.R. 707.

¹² (1930), 66 O.L.R. 121.

*Trusts*¹³ to the proceeds of real property contrary to the law in that regard in England; see *In re Woodhouse, Public Trustee v. Woodhouse*¹⁴.

The question then arises whether new ground should be broken here and whether the operation of the rule in *Howe v. Lord Dartmouth* should be extended to real property. Wilson J.A.'s views are expressed in her judgment and reproduced above. I am not, however persuaded that we should on this point venture into the field of judicial legislation so boldly. To begin with, the restriction of the rule in *Howe v. Lord Dartmouth* to personal property is itself a rule of long standing. It must be presumed that those engaged in the preparation of wills and the settlement of trusts under wills know and understand, and have known and understood, its operation and effect and have planned and set in motion many trusts under wills upon the premise that the rule will continue to apply in relation to personal estate but not real estate. Great inconvenience could be caused to many existing trust arrangements by a sudden extension and, in my view, this is not a step which should be taken in this fashion. This is not to say that old rules may never be changed, but rules dealing with estate administration of this nature should not be changed unless there is a positive reason for so doing. In such case, it should be done by the legislature which at the same time has the power to enact the necessary transition and protective provisions to avoid interference with existing trusts and with rights and obligations acquired and undertaken upon the reasonable expectation that there would be some degree of certainty in the law.

Furthermore, it should be borne in mind that we are here dealing with equitable rules relating to estate administration and not with dependents' relief legislation which enables a court to alter testamentary provisions in order to do justice between the testator and members of his family. Other legislative provisions deal with such matters

genre de ceux appliqués dans *Earl of Chesterfield's Trusts*¹³ au produit tiré de la vente de biens immobiliers contrairement aux principes de droit en vigueur à cet égard en Angleterre: voir *In re Woodhouse, Public Trustee v. Woodhouse*¹⁴.

La question qui se pose est donc de savoir si en l'espèce l'on doit innover et étendre la portée de la règle énoncée dans *Howe v. Lord Dartmouth* aux biens immobiliers. Le juge Wilson a exprimé sa façon de voir dans son jugement précité. Je ne suis toutefois pas convaincu que l'on doive sur ce point s'aventurer aussi audacieusement dans le champ de la législation judiciaire. Tout d'abord, l'application de la règle aux biens mobiliers seulement est en soi une règle établie depuis longtemps. On doit présumer que ceux qui rédigent des testaments et constituent des fiducies testamentaires connaissent et comprennent, maintenant comme par le passé, le fonctionnement et la portée de cette règle et qu'ils ont planifié et mis en œuvre de nombreuses fiducies testamentaires sur la prémisse que la règle continuera de s'appliquer aux biens mobiliers et non aux biens immobiliers. Son élargissement soudain pourrait cause de sérieuses difficultés à de nombreux accords de fiducie existants et, à mon avis, il ne s'agit pas d'une mesure que l'on doit prendre de cette manière. Cela ne veut pas dire que les règles anciennes ne peuvent jamais être modifiées, mais que les règles de ce genre qui portent sur l'administration de succession ne doivent pas l'être à moins d'une raison précise. En ce cas, cela incomberait au législateur qui peut adopter simultanément les dispositions transitoires et protectrices nécessaires pour éviter toute atteinte aux fiducies existantes, aux droits acquis et aux obligations assumées compte tenu de la probabilité raisonnable d'une certaine stabilité des principes juridiques.

De plus, on doit garder à l'esprit que nous examinons ici des règles d'*equity* qui ont trait à l'administration d'une succession, et non la législation en matière d'aide aux ayants droit, qui permet à un tribunal de modifier des dispositions testamentaires afin que justice soit faite entre le testateur et les membres de sa famille. D'autres disposi-

¹³ (1883), 24 Ch. D. 643.

¹⁴ [1941] Ch. D. 332.

¹³ (1883), 24 Ch. D. 643.

¹⁴ [1941] Ch. D. 332.

and in Ontario may be found in the *Succession Law Reform Act*, S.O. 1977, c. 40, particularly ss. 64 to 88. Courts must not twist rules such as that expressed in the case of *Howe v. Lord Dartmouth* to interfere with testamentary dispositions for the purpose of remedying supposed injustice. I would not extend the rule beyond its present limits. Such a step should be left to the legislature when and if it should consider it advisable.

In view of the foregoing, it is unnecessary to deal with the question raised as to whether the real property in question is productive or wasting.

The remaining point involves the claim by the widow for what may be termed a notional income in the form of a percentage of the value of the unconverted real property. The case of *Lauer and Stekl*, *supra*, is relied upon to support this claim. *Lauer and Stekl* cannot assist the widow here. In that case, the trustees were under a duty to convert all the assets of the estate, with a power of postponement. That case held that in such a situation the life tenant was entitled to a notional income based on a percentage of the value of the unconverted real property during the period of postponement. It has no operation here where there is no duty upon the trustees to convert the realty and, therefore, the rights of the widow, subject to any power in the trustees to encroach upon capital of the estate for her benefit, are limited to the receipt of the actual income earned by the real property.

I would accordingly allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, and restore the judgment of the trial judge dismissing the motion. I would allow the appellants their costs throughout payable out of the estate.

Appeal allowed, costs payable from the estate.

Solicitors for the appellants: McCarthy & McCarthy, Toronto.

tions législatives traitent de pareille matière et, en Ontario, on les trouve dans *The Succession Law Reform Act*, S.O. 1977, chap. 40, et, plus précisément, aux art. 64 à 88. Les tribunaux ne doivent pas fausser des règles comme celle énoncée dans *Howe v. Lord Dartmouth* pour contourner des dispositions testamentaires en vue de remédier à une prétendue injustice. Je ne suis pas d'avis d'étendre la portée de la règle au-delà de ses limites actuelles. Pareille mesure est du ressort du législateur lorsqu'il la jugera appropriée.

Compte tenu de ce qui précède, il devient inutile de traiter de la question de savoir si le bien immobilier en cause est productif ou peu rentable.

Le dernier point traite de la réclamation de la veuve en vue d'obtenir ce que l'on peut appeler un revenu spéculatif sous forme d'un pourcentage de la valeur du bien immobilier non réalisé. L'arrêt *Lauer et Stekl*, précité, est invoqué à l'appui de cette réclamation. Ce dernier n'est d'aucun secours pour la veuve en l'espèce. Dans cette affaire, les fiduciaires avaient l'obligation de réaliser tous les biens de la succession avec pouvoir de différer la réalisation. Cet arrêt décide que, dans pareille situation, l'usufruitier viager a le droit de recevoir un revenu spéculatif basé sur un pourcentage de la valeur du bien immobilier non réalisé dans l'intervalle. Il ne s'applique pas en l'espèce puisque les fiduciaires ne sont pas tenus de réaliser le bien immobilier et que, par conséquent, les droits de la veuve, sous réserve du pouvoir des fiduciaires d'entamer le capital de la succession à son profit, se limitent à toucher le revenu réel tiré du bien immobilier.

Par conséquent je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement de première instance rejetant la requête. Les appelants ont droit dans toutes les cours à leurs dépens payables à même la succession.

Pourvoi accueilli, dépens payables à même la succession.

Procureurs des appelants: McCarthy & McCarthy, Toronto.

*Solicitors for the respondents Stanford and Ungerma*n: Siegal, Fogler, Toronto.

Solicitors for the respondent Emma Lottman: Lash, Johnston, Toronto.

*Procureurs des intimés Stanford et Ungerma*n: Siegal, Fogler, Toronto.

Procureurs de l'intimée Emma Lottman: Lash, Johnston, Toronto.

Henry Murray Ritcey, Harvey Ernest Rafuse, John Leonard Rafuse, Melbourne Elijah Kaizer and Mervyn Rhyndress
Appellants;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1979: November 26, 27, 28; 1980: January 29.

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

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

Constitutional law — Jurisdiction of judges — Criminal Code cases — Action by County Court Judge after his retirement — County Court Act, R.S.N.S. 1967, c. 64 — Judicature Act, 1972 (N.S.), c. 2 — British North America Act, s. 91(27), 92(14) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 482(c), 488, 489, 499(1), 747(c), 748.

The case arose out of the Crown's application for orders of *certiorari* to quash various acquittals and sentences pronounced by a County Court Judge after the date of his resignation from judicial office as a result of deteriorating health. The judge had heard a number of cases in respect of which no decision had been rendered prior to the acceptance of his resignation by the Governor General in Council on February 2, 1978. The Chief Justice of the Trial Division granted the *ex parte* application by the Crown quashing some fourteen decisions. The Appeal Division dismissed the appeal and held the decisions properly quashed as being made without jurisdiction and accordingly nullities. The further appeal related to only five of the cases, four of which are concerned with the disposition made by the judge after "hearing an appeal from a summary conviction" and the Rhyndress case in which the judge had neither tried nor heard the case when he called witnesses and took evidence in respect of sentence.

Held: The appeals of Ritcey, H. E. Rafuse, J. L. Rafuse and Kaizer should be allowed and that of Rhyndress dismissed.

The issue should be determined in accordance with the answer given to the constitutional question stated by order of the Chief Justice "If Section 33(1) of the *Judicature Act*, Statutes of Nova Scotia, 1972, Chapter 2, as amended—which authorizes a Judge who has resigned his office to give at any time within eight weeks after his resignation Judgment or grant an Order in any

Henry Murray Ritcey, Harvey Ernest Rafuse, John Leonard Rafuse, Melbourne Elijah Kaizer et Mervyn Rhyndress
Appellants;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1979: 26, 27, 28 novembre; 1980: 29 janvier.

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

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

Droit constitutionnel — Jurisdiction des juges — Affaires du Code criminel — Acte d'un juge de Cour de comté après sa retraite — County Court Act, R.S.N.S. 1967, chap. 64 — Judicature Act, 1972 (N.-É.), chap. 2 — Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 91(27), 92(14) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 482c, 488, 489, 499(1), 747c, 748.

L'affaire résulte de la demande, par le ministère public, d'ordonnances de *certiorari* pour annuler divers acquittements et sentences prononcés par un juge de cour de comté après qu'il eut pris sa retraite en raison de la détérioration de sa santé. Le juge avait entendu plusieurs affaires dans lesquelles il n'avait pas rendu de décision, avant que le gouverneur général en conseil accepte sa démission le 2 février 1978. Le juge en chef de la Division de première instance a accordé la requête *ex parte* du ministère public, annulant quelque quatorze décisions. La Division d'appel a rejeté l'appel et décidé que les décisions avaient été annulées à bon droit parce que rendues sans compétence et donc, entachées de nullité. Le pourvoi subséquent ne concerne que cinq de ces affaires, dont quatre se rapportent à la décision prise par le juge après «avoir entendu un appel d'une déclaration sommaire de culpabilité» et le cas de Rhyndress, où le juge n'avait pas jugé ni entendu l'affaire antérieurement lorsqu'il a convoqué des témoins et reçu la preuve relativement à la sentence.

Arrêt: Les pourvois de Ritcey, H. E. Rafuse, J. L. Rafuse et Kaizer sont accueillis et celui de Rhyndress est rejeté.

L'affaire doit être décidée conformément à la réponse à donner à la question constitutionnelle énoncée par l'ordonnance du Juge en chef «Si le paragraphe 33(1) de la *Judicature Act*, Statuts de la Nouvelle-Écosse, 1972, chapitre 2 et modifications—qui autorise un juge, qui a démissionné de son poste, à rendre dans les huit semaines suivant sa démission un jugement ou une ordon-

proceeding previously tried or heard by him, as if he had continued in office—applies to a County Court Judge trying an indictable offence without a jury under Part XVI of the *Criminal Code* and to a County Court Judge hearing an Appeal from a summary conviction and an Appeal against sentence in a summary conviction matter under Sections 747(c) and 748 of the *Criminal Code*, then is such provision *ultra vires* the legislature of the Province of Nova Scotia or inoperative to the extent that it so applies?”

The question involves the constitution, maintenance and organization of the county courts of Nova Scotia and the authority to make laws in relation to the constitution of provincial courts is vested exclusively in the provincial legislature under s. 92(14). In so far as the *Criminal Code* assigns any functions to county courts or their judges, this is to be taken as referring to such courts or judges as constituted by the provincial legislature. Applying *Di Iorio and Fontaine v. The Warden of the Common Jail of the City of Montreal and Brunet*, [1978] 1 S.C.R. 152, per Dickson J. at pp. 208-210, in determining the nature of the jurisdiction assigned to county court judges in Nova Scotia, it is clear that the statutes were validly enacted by the provincial legislature for the administration of justice in the province and that, at least for summary conviction appeals, gave such judges the authority to render judgments for eight weeks after their retirement *in respect of cases previously heard by them*. The judges' extended authority described in s. 33 of the *Judicature Act* is however limited to “any proceedings previously tried or heard before him . . .” and accordingly Cowan C.J.T.D. and the Appeal Division properly quashed the order made by Judge Burke as to Mr. Rhyndress.

Di Iorio and Fontaine v. The Warden of the Common Jail of the City of Montreal and Brunet, [1978] 1 S.C.R. 152; *A.G. Quebec v. A.G. Canada*, [1945] S.C.R. 600, followed; *Pringle v. Fraser*, [1972] S.C.R. 821, referred to.

APPEALS from a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division¹, dismissing an appeal from a judgment of Cowan C.J.T.D. quashing certain judgments of His Honour Judge Archibald Burke rendered after the date of his

¹ (1978), 29 N.S.R. (2d) 50.

nance dans toute procédure jugée ou entendue antérieurement par lui, comme s'il était toujours en fonction, s'applique à un juge de cour de comté jugeant un acte criminel sans jury en vertu de la Partie XVI du *Code criminel* et à un juge de cour de comté qui entend un appel d'une déclaration sommaire de culpabilité et un appel d'une sentence rendue sur déclaration sommaire de culpabilité en vertu des articles 747c) et 748 du *Code criminel*, cette disposition est-elle alors *ultra vires* de la législature de la province de la Nouvelle-Écosse ou inopérante dans la mesure où elle s'applique?»

La question implique la création, le maintien et l'organisation des cours de comté de la Nouvelle-Écosse et le pouvoir de faire des lois relativement à la création des tribunaux de justice pour la province est du ressort exclusif de la législature provinciale en vertu du par. 92(14). Lorsque le *Code criminel* confie des fonctions aux cours de comté ou à leurs juges, il faut en déduire qu'il vise les tribunaux ou les juges établis par la législature provinciale. En appliquant l'arrêt *Di Iorio et Fontaine c. Le gardien de la prison commune de Montréal et Brunet*, [1978] 1 R.C.S. 152, le juge Dickson aux pp. 208 à 210, pour déterminer la nature de la compétence accordée aux juges des cours de comté de la Nouvelle-Écosse, il est clair que les lois ont été valablement édictées par la législature provinciale pour l'administration de la justice dans la province et que, du moins pour les appels des déclarations sommaires de culpabilité, elles ont donné à ces juges le pouvoir de rendre, pendant les huit semaines qui suivent leur retraite, des jugements *sur des affaires entendues antérieurement par eux*. La prolongation des pouvoirs des juges décrite à l'art. 33 de la *Judicature Act* est toutefois limitée à «toute procédure jugée ou entendue antérieurement par lui . . .» et en conséquence, le juge en chef Cowan de la Division de première instance et la Division d'appel ont annulé à bon droit l'ordonnance rendue par le juge Burke relativement à M. Rhyndress.

Jurisprudence: *Di Iorio et Fontaine c. Le gardien de la prison commune de Montréal et Brunet*, [1978] 1 R.C.S. 152 et *P.g. du Québec c. P.g. du Canada*, [1945] R.C.S. 600 (arrêts suivis); *Pringle c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821.

POURVOIS à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse¹, qui a rejeté un appel interjeté d'un jugement du juge en chef Cowan de la Division de première instance, qui annulait des jugements

¹ (1978), 29 N.S.R. (2d) 50.

retirement from judicial office. Appeals of Ritcey, H.E. Rafuse, J. L. Rafuse and Kaizer allowed, that of Rhyndress dismissed.

David Walker, Q.C., and *Albert Bremner*, for the appellants.

R. M. Endres and *Ms. M. Gallagher*, for the respondent.

D. W. Mundell, Q.C., for the intervenor, the Attorney General of Ontario.

Donald G. Gibson, for the intervenor, the Attorney General of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal brought with leave of this Court from a judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia, which is now conveniently reported in (1978), 29 N.S.R. (2d) 50, affirming an order in the nature of *certiorari* made by the Chief Justice of the Trial Division of that Province whereby certain judgments were quashed as having been rendered by His Honour Judge Archibald Burke after the date of his retirement from judicial office.

His Honour Judge Burke was appointed to the County Court of District Number Two in the Province of Nova Scotia in May, 1971, but unhappily, owing to deteriorating health, he found it necessary to retire. His resignation was accepted by the Governor General in Council on February 2, 1978 at which time he had heard a number of cases in respect of which no decision had been rendered.

The order to quash which was granted by the Chief Justice related to fourteen of such cases but the present appeal is limited to the following cases falling into this category and related to the various appellants:

Henry Murray Ritcey—Mr. Ritcey was convicted in the Provincial Magistrate's Court of violating ss. 234 and 236 of the *Code* and was acquitted on a charge under s. 235(2) of the *Code*. He appealed his convictions and the Crown the acquittal to the County Court of District Number Two. The three appeals were heard by Judge Burke on July 6, 1977. In a written reserved

rendus par l'honorable juge Archibald Burke après qu'il eut pris sa retraite. Pourvois de Ritcey, H. E. Rafuse, J. L. Rafuse et Kaizer accueillis, celui de Rhyndress rejeté.

David Walker, c.r., et *Albert Bremner*, pour les appelants.

R. M. Endres et *M. Gallagher*, pour l'intimée.

D. W. Mundell, c.r., pour l'intervenant, le procureur général de l'Ontario.

Donald G. Gibson, pour l'intervenant, le procureur général du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE RITCHIE—Il s'agit d'un pourvoi interjeté sur autorisation de cette Cour à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, maintenant publié à (1978) (29 N.S.R. (2d) 50), qui confirme une ordonnance de la nature d'un *certiorari* prononcée par le juge en chef de la Division de première instance de cette province. Il y annulait des jugements pour le motif qu'ils avaient été rendus par M. le juge Archibald Burke après qu'il eut pris sa retraite.

M. le juge Burke a été nommé à la Cour de comté du district numéro deux de la province de la Nouvelle-Écosse en mai 1971, mais, malheureusement, en raison de la détérioration de sa santé, il a décidé de prendre sa retraite. Sa démission a été acceptée par le gouvernement général en conseil le 2 février 1978, date à laquelle il avait entendu plusieurs affaires dans lesquelles il n'avait pas rendu de décision.

L'ordonnance d'annulation que le Juge en chef a accordée vise quatorze affaires, mais le présent pourvoi est limité à celles de cette catégorie qui concernent les appelants suivants:

Henry Murray Ritcey—Déclaré coupable en Cour de magistrat provinciale d'une infraction aux art. 234 et 236 du *Code*, et acquitté d'une accusation portée en vertu du par. 235(2) du *Code*, M. Ritcey a interjeté appel de ses déclarations de culpabilité et le ministère public de l'acquiescement à la Cour de comté du district numéro deux. Les trois appels ont été entendus par le

decision filed on February 17, 1978 he allowed the appeals from convictions and dismissed the Crown's appeal from the acquittal.

Harvey Ernest Rafuse—Mr. Rafuse was convicted in the Provincial Magistrate's Court of a violation of s. 236 of the *Criminal Code*. From such conviction he appealed to the County Court of District Number Two. The appeal was heard on May 9, 1977 by Judge Burke who, in a reserved decision in writing, delivered and filed on February 17, 1978 allowed the appeal.

John Leonard Rafuse—Mr. Rafuse appealed a conviction under s. 235(2) of the *Code* to the County Court of District Number Two. The appeal was heard by Judge Burke on May 9, 1977 and was allowed by him in a reserved decision in writing delivered and filed on February 17, 1978.

Melbourne Elijah Kaizer—This individual was acquitted of a summary conviction offence under the *Explosives Act*, R.S.C. 1970 Ch. E-15. A Crown appeal was heard on December 14, 1976 by Judge Burke who dismissed the same in a reserved written decision delivered and filed on February 15, 1978.

Mervyn Rhyndress—Mr. Rhyndress was convicted on a charge under s. 142 of the *Code* by the late Judge Levy in the County Court Judge's Criminal Court of District Number Two. After trial, but before the entry of conviction. Mr. Rhyndress left the jurisdiction of the court. Judge Levy was succeeded in office by Judge Burke. Upon the return of Mr. Rhyndress to the jurisdiction of the court he was brought before Judge Burke on May 2, 1977 for sentencing. Submissions by counsel were made that day and the matter was adjourned from time to time. Finally on February 16, 1978 *viva voce* medical evidence was given before Judge Burke on behalf of Mr. Rhyndress. On the same day Judge Burke suspended the passing of sentence for a period of two years.

A number of issues were discussed in the Appeal Division arising out of the circumstances here disclosed, but in my view the crux of the matter turns upon the combined effect to be given to s. 48 of the *County Court Act*, R.S.N.S. 1967, c. 64 and sub. (1) of s. 33 of the *Judicature Act*, 1972 (N.S.), c. 2, in light of the provisions of the *Criminal Code*. These respective sections provide:

juge Burke le 6 juillet 1977. Après avoir mis l'affaire en délibéré, dans une décision écrite déposée le 17 février 1978, il a accueilli les appels des déclarations de culpabilité et rejeté l'appel de l'acquiescement interjeté par le ministère public.

Harvey Ernest Rafuse—M. Rafuse a été déclaré coupable en Cour de magistrat provinciale d'une infraction à l'art. 236 du *Code criminel*. Il a interjeté appel de cette déclaration de culpabilité à la Cour de comté du district numéro deux. L'appel a été entendu le 9 mai 1977 par le juge Burke qui, après avoir mis l'affaire en délibéré, a accueilli l'appel dans une décision écrite rendue et déposée le 17 février 1978.

John Leonard Rafuse—M. Rafuse a interjeté appel d'une déclaration de culpabilité en vertu du par. 235(2) du *Code* à la Cour de comté du district numéro deux. L'appel a été entendu le 9 mai 1977 par le juge Burke qui, après avoir mis l'affaire en délibéré, a accueilli l'appel dans une décision écrite rendue et déposée le 17 février 1978.

Melbourne Elijah Kaizer—Cet homme a été acquitté d'une infraction punissable sur déclaration sommaire en vertu de la *Loi sur les explosifs*, S.R.C. 1970, chap. E-15. Un appel interjeté par le ministère public a été entendu le 14 décembre 1976 par le juge Burke qui, après avoir mis l'affaire en délibéré, a rejeté l'appel dans une décision écrite rendue et déposée le 15 février 1978.

Mervyn Rhyndress—Fut le juge Levy de la Cour de comté (juridiction criminelle) du district numéro deux a déclaré M. Rhyndress coupable sur une accusation portée en vertu de l'art. 142 du *Code*. Après le procès, mais avant le prononcé de la déclaration de culpabilité, M. Rhyndress a quitté la juridiction de la cour. Le juge Levy a été remplacé dans ses fonctions par le juge Burke. A son retour dans la juridiction de la cour, M. Rhyndress a été amené devant le juge Burke le 2 mai 1977 pour le prononcé de sa sentence. Les avocats ont fait leur plaidoyer ce jour-là et l'affaire a été ajournée à quelques reprises. Finalement, le 16 février 1978, une preuve médicale a été donnée de vive voix au nom de M. Rhyndress devant le juge Burke. Le même jour le juge Burke a suspendu le prononcé de la sentence pour une période de deux ans.

Plusieurs questions qui découlent des circonstances susmentionnées ont été examinées en Division d'appel, mais, à mon avis, le nœud de la question dépend de l'effet combiné de l'art. 48 de la *County Court Act*, R.S.N.S. 1967 chap. 64 et du par. 33(1) de la *Judicature Act*, 1972 (N.-É.) chap. 2 dans le contexte des dispositions du *Code criminel*. Voici le texte de ces articles:

County Court Act

48. Every county court, and the judge thereof, shall have and exercise the same powers and authority

- (a) to enforce the orders of such court or judge;
- (b) to deal with and punish for contempt, and
- (c) generally such other powers and authority in actions and matters within the limits of the jurisdiction of such county court or judge thereof;

as are possessed by the Supreme Court or any judge thereof in like cases by virtue of the statutes for the time being of the Province, or otherwise.

Judicature Act

33 (1) Where a Judge resigns his office, or is appointed to any other court, or ceases to hold office, he may at any time within eight weeks after such event give judgment or grant an order in any proceeding previously tried or heard before him, as if he had continued in office.

It is of importance also to notice that the word "proceeding" as employed in the *Judicature Act* is defined in s. 1(g) of that statute as follows:

'proceeding' means any civil or criminal action, suit, cause or matter, or any interlocutory application therein, including a proceeding formerly commenced by a writ of summons, third party notice, counterclaim, petition, originating summons, originating motion, or in any other manner; . . .

In my view this appeal falls to be determined in accordance with the correct answer given to the constitutional question stated in the order of the Chief Justice of this Court dated January 22, 1979 which reads as follows:

If Section 33(1) of the *Judicature Act*, Statutes of Nova Scotia, 1972, Chapter 2, as amended—which authorizes a Judge who has resigned his office to give at any time within eight weeks after his resignation Judgment or grant an Order in any proceeding previously tried or heard by him, as if he had continued in office—applies to a County Court Judge trying an indictable offence without a jury under Part XVI of the *Criminal Code* and to a County Court Judge hearing an Appeal from a summary conviction and an Appeal against sentence in a summary conviction matter under Sections 747(c) and

County Court Act

[TRADUCTION] 48. Chaque cour de comté et le juge de cette cour ont et exercent les mêmes pouvoirs et la même autorité

- a) pour faire exécuter les ordonnances de cette cour ou de ce juge;
- b) pour juger les outrages au tribunal et les sanctionner, et
- c) généralement les autres pouvoirs et l'autorité dans des actions et sur les questions qui relèvent de la compétence de cette cour de comté ou du juge de cette cour;

que possède la Cour suprême ou tout juge de cette cour dans des affaires semblables en vertu des lois alors en vigueur dans la province, ou autrement.

Judicature Act

[TRADUCTION] 33 (1) Lorsqu'un juge quitte son poste, est nommé à une autre cour ou cesse d'occuper son poste, il peut, dans les huit semaines suivant cet événement, rendre jugement ou décerner une ordonnance dans toute procédure jugée ou entendue antérieurement par lui comme s'il était toujours en fonction.

Il importe aussi de remarquer que le mot «procédure» employé dans la *Judicature Act* est défini à l'al. 1g) de cette loi comme suit:

[TRADUCTION] «procédure» désigne toute action, poursuite, affaire ou question en matière civile ou criminelle, ou toute demande interlocutoire y relative, y compris une procédure antérieurement intentée par un bref d'assignation, un appel en garantie, une demande reconventionnelle, une requête, un acte introductif d'instance, une requête introductive d'instance ou de toute autre façon; . . .

A mon avis, ce pourvoi doit être décidé conformément à la réponse appropriée à donner à la question constitutionnelle énoncée dans l'ordonnance du Juge en chef de cette Cour en date du 22 janvier 1979 dont voici le texte:

Si le paragraphe 33(1) de la *Judicature Act*, Statuts de la Nouvelle-Écosse, 1972, chapitre 2 et modifications—qui autorise un juge, qui a démissionné de son poste, à rendre dans les huit semaines suivant sa démission un jugement ou une ordonnance dans toute procédure jugée ou entendue antérieurement par lui, comme s'il était toujours en fonction—s'applique à un juge de cour de comté jugeant un acte criminel sans jury en vertu de la Partie XVI du *Code criminel* et à un juge de cour de comté qui entend un appel d'une déclaration sommaire de culpabilité et un appel d'une sentence rendue sur

748 of the *Criminal Code*, then is such provision *ultra vires* the legislature of the Province of Nova Scotia or inoperative to the extent that it so applies?

As all these appeals except that of Rhyndress are concerned with the disposition made by Judge Burke after "hearing an appeal from a summary conviction", I propose to treat the present appeal in the first instance as if it related exclusively to summary conviction cases and to give separate consideration to the indictable offence aspect of the Rhyndress case.

The constitutionality of the legislation depends upon the interpretation to be placed on the relevant provisions of the *British North America Act* and raises the somewhat ticklish question as to the distinction between the power allocated to the provincial legislatures under s. 92(14) and that reserved exclusively to the authority of the Parliament of Canada under s. 91(27). The relevant sections read as follows:

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subject next herein-after enumerated; that is to say,— . . .

14. 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.

91. . . . the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say,— . . .

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

In the course of the reasons for judgment which he delivered on behalf of the Appeal Division, Mr. Justice Macdonald recognized that the combined effect of s. 48 of the *County Court Act* and s. 33 of the *Judicature Act* might well be to allow a county court judge exercising civil jurisdiction to give judgment or grant an order in any proceeding previously tried or heard by him within eight weeks after he has ceased to hold office, but he

déclaration sommaire de culpabilité en vertu des articles 747c) et 748 du *Code criminel*, cette disposition est-elle alors *ultra vires* de la législature de la province de la Nouvelle-Écosse ou inopérante dans la mesure où elle s'applique?

Puisque chacun de ces pourvois, sauf celui de Rhyndress, se rapporte à la décision prise par le juge Burke après «avoir entendu un appel d'une déclaration sommaire de culpabilité», je me propose d'aborder le présent pourvoi dans un premier temps comme s'il concernait exclusivement des déclarations sommaires de culpabilité et ensuite d'examiner séparément l'aspect acte criminel de l'affaire Rhyndress.

La constitutionnalité de la loi dépend de l'interprétation à donner aux dispositions pertinentes de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et pose la question plutôt délicate de la distinction entre le pouvoir attribué aux législatures provinciales en vertu du par. 92(14) et celui qui est réservé exclusivement au Parlement du Canada en vertu du par. 91(27). Voici le texte des articles pertinents:

92. Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir,— . . .

14. 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;

91. . . . l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir:

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

Dans le cours des motifs qu'il a exposés au nom de la Division d'appel, le juge Macdonald a reconnu que l'effet combiné de l'art. 48 de la *County Court Act* et de l'art. 33 de la *Judicature Act* pourrait bien être de permettre à un juge de cour de comté, qui exerce sa compétence en matière civile, de rendre jugement ou de décerner une ordonnance dans toute procédure qu'il a antérieurement jugée ou entendue, dans les huit semai-

declined to accept the view that the same considerations applied in criminal matters and adopting the premise that "the power to determine whether or not an appeal shall lie is a matter of criminal procedure" he continued with the following paragraph (at p. 55) which in my view constitutes the true *ratio decidendi* of the judgment now under appeal:

Nowhere in Part XXIV of the *Code* nor in any other enactment of Parliament is any provision made for the exercise of jurisdiction in summary conviction appeals by a county court judge who has resigned his office. What is involved here is, in my view, criminal law and procedure in criminal matters. There being no provision in the *Code* or in any other Act of Parliament giving Judge Burke jurisdiction after retirement in criminal matters he was, in my opinion *functus officio* insofar as criminal appeal proceedings were concerned on and after February 2, 1978. Consequently, in my opinion, decisions he purported to render thereafter with respect to summary conviction appeals were nullities.

I am on the contrary of opinion that what is involved here is the constitution, maintenance and organization of the county courts in the Province of Nova Scotia. In my view, s. 48 of the *County Court Act* and s. 33(1) of the *Judicature Act*, when read together and in the context of the respective statutes in which they occur, form a part of the overall design established by the Province of Nova Scotia for the administration of justice in that Province and that they are effective to so constitute the county courts of that Province as to endow the judges thereof with the same authority to pronounce judgment after ceasing to hold office as that which is reposed in the judges of the Supreme Court of the Province by the *Judicature Act*.

As the authority to make laws in relation to the constitution of provincial courts is vested exclusively in the provincial legislature under s. 92(14), it appears to me to follow that insofar as the *Criminal Code of Canada* assigns any functions to be performed by county courts or their judges, it is to be taken as referring to such courts and such judges as they are constituted by the legislature of

nes suivant la cessation de ses fonctions. Toutefois, il a refusé d'accepter l'argument que les mêmes considérations s'appliquent en matière criminelle et, partant de la prémisse que [TRADUCTION] «la question de savoir s'il existe un droit d'appel est une question de procédure criminelle», il a poursuivi dans l'alinéa suivant (à la p. 55) qui constitue à mon avis la *ratio decidendi* véritable du jugement porté devant nous:

[TRADUCTION] Il n'existe nulle part dans la Partie XXIV du *Code* ni dans aucune autre loi du Parlement de dispositions sur l'exercice de la juridiction d'un juge de cour de comté qui a démissionné de son poste, dans les cas d'appel de déclarations sommaires de culpabilité. A mon avis, il est question ici de droit criminel et de procédure en matière criminelle. Puisqu'il n'existe aucune disposition dans le *Code* ni dans aucune autre loi du Parlement donnant au juge Burke compétence en matière criminelle après sa retraite, il avait, à mon avis, perdu juridiction en ce qui concerne les procédures d'appel en matière criminelle à partir du 2 février 1978. Par conséquent, à mon avis, les jugements qu'il a voulu rendre par la suite sur des appels de déclarations sommaires de culpabilité sont entachés de nullité.

Je suis d'avis, au contraire, que ce qui est en cause ici est la création, le maintien et l'organisation des cours de comté dans la province de la Nouvelle-Écosse. A mon avis, l'art. 48 de la *County Court Act* et le par. 33(1) de la *Judicature Act*, lorsqu'ils sont interprétés ensemble et dans le contexte des lois respectives où on les trouve, forment une partie du plan d'ensemble établi par la province de la Nouvelle-Écosse pour l'administration de la justice sur son territoire. Leur effet est de créer les cours de comté de cette province de façon à accorder aux juges y siégeant le même pouvoir de rendre jugement après la cessation de leurs fonctions que celui dont jouissent les juges de la Cour suprême de la province aux termes de la *Judicature Act*.

Puisque le pouvoir de faire des lois relativement à la création des tribunaux de justice pour la province est du ressort exclusif de la législature provinciale en vertu du par. 92(14), il s'ensuit, à mon avis, que lorsque le *Code criminel du Canada* confie des fonctions aux cours de comté ou à leurs juges, il faut en déduire qu'il vise les tribunaux et les juges établis par la législature de la province en

the province in question. Indeed, legislative authority over the constitution of courts of criminal jurisdiction is expressly excluded from the exclusive powers assigned to the Parliament of Canada by s. 91(27) of the *B.N.A. Act* although "additional courts for the better administration of the laws of Canada" may be constituted by Parliament under the authority of s. 101 of the *B.N.A. Act*. (See *Pringle v. Fraser*²).

In the Province of Nova Scotia the right of appeal provided by s. 748 of the *Criminal Code* with respect to summary conviction offences is a right to appeal to "the county court of the district or county where the cause of the proceedings arose" (see s. 747(c)) and a judge of each such county court, including that over which Judge Burke had formerly presided is, as I have said, endowed with the authority to give judgment under the circumstances described in s. 33(1) of the *Judicature Act*.

To dispose of this appeal, as the Appeal Division appears to have done, on the basis of "What is involved here is . . . criminal law and procedure in criminal matters" and thus beyond the jurisdiction of the provincial legislature in my view runs contrary to what was said by Taschereau J. (as he then was) in *A. G. Quebec v. A. G. Canada*³, at p. 608 and is also at variance with the closely reasoned judgment more recently delivered by my brother Dickson in *Nicola Di Iorio and Gérard Fontaine v. The Warden of the Common Jail of the City of Montreal and Brunet*⁴, at pp. 208 to 210, where he said:

The phrase 'criminal procedure' does not lend itself to precise definition. In one sense, it is concerned with proceedings in the criminal Courts and such matters as conduct within the courtroom, the competency of witnesses, oaths and affirmations, and the presentation of evidence. Some cases have defined procedure even more narrowly in finding that it embraces the three technical terms—pleading, evidence and practice. In a broad sense, it encompasses such things as the rules by which, according to the *Criminal Code*, police powers are exer-

question. D'ailleurs, le pouvoir législatif relatif à la création des cours de juridiction criminelle est expressément exclu des pouvoirs exclusifs attribués au Parlement du Canada aux termes du par. 91(27) de l'*A.A.N.B.* bien que le Parlement puisse, en vertu de l'art. 101 de l'*A.A.N.B.*, établir «des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada». (Voir *Pringle c. Fraser*²).

Dans la province de la Nouvelle-Écosse, le droit d'appel prévu à l'art. 748 du *Code criminel* relativement aux infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité est un droit d'appel à «la cour de comté du district ou du comté où la cause des procédures a pris naissance» (voir al. 747c)); un juge de pareille cour de comté, y compris celle qu'a présidée le juge Burke, est, comme je l'ai dit, investi du pouvoir de rendre jugement dans les circonstances décrites au par. 33(1) de la *Judicature Act*.

Décider de ce pourvoi, comme l'a apparemment fait la Division d'appel, sur le fondement que [TRADUCTION] «il est question ici . . . de droit criminel et de procédure en matière criminelle», ce qui est donc hors de la compétence législative de la province, est, à mon avis, contraire à ce qu'a dit le juge Taschereau (alors juge puîné) dans *Procureur général du Québec c. Procureur général du Canada*³, à la p. 608 et est également en contradiction avec le jugement soigneusement motivé rendu récemment par mon collègue le juge Dickson dans *Nicola Di Iorio et Gérard Fontaine c. Le gardien de la prison commune de Montréal et Brunet*⁴, aux pp. 208 à 210 où il a dit:

Les mots «procédure en matière criminelle» ne se prêtent pas en eux-mêmes à une définition précise. Dans un sens, ils visent la procédure devant les tribunaux criminels et des matières comme le comportement dans la salle d'audience, la qualification des témoins, la prestation du serment ou les déclarations solennelles, et la présentation de la preuve. Quelques arrêts ont défini la procédure de façon plus étroite et conclu qu'elle embrasse trois choses—les plaidoiries, la preuve et les règles de pratique. Dans un sens plus large, elle com-

² [1972] S.C.R. 821.

³ [1945] S.C.R. 600.

⁴ [1978] 1 S.C.R. 152.

² [1972] R.C.S. 821.

³ [1945] R.C.S. 600.

⁴ [1978] 1 R.C.S. 152.

cised, the right to counsel, search warrants, interim release, procuring attendance of witnesses.

The words of Mr. Justice Taschereau, as he then was, in *A.G. Que. v. A.G. Can.* (1945), 84 C.C.C. 369 at p. 394, [1945] 4 D.L.R. 305 at p. 328, [1945] S.C.R. 600 at p. 603, would suggest that the narrow construction is the more appropriate:

The power given to the federal parliament to legislate in criminal law and criminal procedure, is the power to determine what shall or what shall not be "criminal", and to determine the steps to be taken in prosecutions and other criminal proceedings before the courts.

Macdonald, C.J.A. *In re Public Inquiries Act: In re Clement* (1919), 33 C.C.C. 119 at p. 120, 48 D.L.R. 237 at p. 238 [1919] 3 W.W.R. 115 at 117, wrote to the same effect:

The making of the criminal laws of Canada is assigned exclusively to the Dominion, so is the regulation of procedure in criminal matters. "Criminal matters" are, in my opinion, proceedings in the criminal Courts, and "procedure" means the steps to be taken in prosecutions or other criminal proceedings in such Courts.

It is not necessary and perhaps impossible, to find a satisfactory definition of 'criminal procedure'. Although I would reject the view which would confine criminal procedure to that which takes place within the courtroom on a prosecution, I am equally of the opinion that 'criminal procedure' is not co-extensive with 'criminal justice' or that the phrase 'criminal procedure' as used in the *B.N.A. Act*, 1867, can drain from the words 'administration of justice' in s. 92(14) that which gives those words much of their substance—the element of 'criminal justice'.

The courts have long distinguished between procedure and substantive law, and it would be wrong to take the form for the substance.

I take the view that when the exposition of the law as presented in the passage which I have last quoted is applied in determining the nature of the jurisdiction assigned to county court judges in Nova Scotia under the statutes which I have quoted, it is apparent that these statutes were

prend certaines matières comme la réglementation par le *Code criminel* de l'exercice des pouvoirs des agents de la paix, le droit de consulter un avocat, les mandats de perquisition, la libération provisoire, l'assignation de témoins.

Les termes employés par M. le juge Taschereau, alors juge puîné, dans l'arrêt *Proc. gén. du Qué. c. Proc. gén. du Can.* (1945), 84 C.C.C. 369 à la p. 394, [1945] 4 D.L.R. 305 à la p. 328, [1945] R.C.S. 600 à la p. 603 semblent indiquer que le sens le plus restreint est préférable:

[TRADUCTION] Le pouvoir attribué au Parlement du Canada de légiférer sur le droit criminel et la procédure en matière criminelle est celui de définir ce qui est ou ce qui n'est pas «criminel» et de déterminer les étapes à suivre dans les poursuites ou autres procédures criminelles devant les tribunaux.

Le juge Macdonald dans l'arrêt *In re Public Inquiries Act: In re Clement* (1919), 33 C.C.C. 119 à la p. 120, 48 D.L.R. 237 à la p. 238, [1919] 3 W.W.R. 115 parle dans le même sens à la p. 117:

[TRADUCTION] Au Canada, le pouvoir de légiférer en matière de droit criminel est assigné exclusivement au gouvernement fédéral de même que la procédure en matière criminelle. A mon avis, l'expression «matière criminelle» désigne les instances devant les tribunaux criminels et la «procédure», les différentes étapes à suivre dans les poursuites ou autres instances criminelles devant ces tribunaux.

Il n'est pas nécessaire et il est peut-être impossible de rechercher une définition satisfaisante de la «procédure en matière criminelle». Même si je rejette l'opinion qui limiterait la procédure criminelle à ce qui se passe dans la salle d'audience lors d'une poursuite, je suis également d'avis que «procédure en matière criminelle» n'est pas synonyme de «justice criminelle» et que l'expression «procédure en matière criminelle» employée dans l'*A.A.N.B.* ne retranche pas des mots «l'administration de la justice» au par. (14) de l'art. 92 une partie essentielle de leur signification—l'élément «justice criminelle».

Les tribunaux ont depuis longtemps fait la distinction entre la procédure et les règles de droit et il ne faudrait pas prendre la forme pour le fond.

Je suis d'avis que lorsqu'on applique les principes de droit formulés dans le passage que je viens de citer pour déterminer la nature de la compétence accordée aux juges des cours de comté de la Nouvelle-Écosse en vertu des lois précitées, il est évident que ces lois ont été valablement édictées par

validly enacted by the provincial legislature in making provision for the administration of justice in the province and that at least in respect of summary conviction appeals, they had the effect of endowing such judges with the authority to render judgments for eight weeks after their retirement in respect of cases which had been previously heard by them.

It follows from the above that I would allow the appeals herein which relate to summary conviction offences and restore the disposition thereof which was made by Judge Burke. It will be seen from all the above that I would answer the constitutional question stated by the Chief Justice by holding that s. 33(1) of the *Judicature Act* of Nova Scotia applies to a county court judge hearing an appeal from a summary conviction under ss. 747(c) and 748 of the *Criminal Code* and that such provision is neither *ultra vires* the legislature of the province of Nova Scotia nor inoperative.

Counsel on behalf of the Crown advanced an argument to the effect that the *County Court Judges' Criminal Court Act*, R.S.N.S. 1967, c. 66 created a separate court from that which was created by the *County Court Act*, R.S.N.S. 1967, c. 64 and that the authority to render judgments after retirement accorded to a county court by s. 48 of the *County Court Act* and s. 33(1) of the *Judicature Act* did not extend to a county court judge sitting in the county court judges' criminal court. The argument as I understood it proceeded on the basis that a county court judge dealing with an indictable offence under Part XVI of the *Code* was sitting in the "County Court Judges' Criminal Court" and accordingly that no judgments rendered by him after retirement were accorded any validity whatever. Section 1 of the *County Court Judges' Criminal Court Act* reads as follows:

The judge of every county court is constituted a court of record for the trial of any person committed to jail on a charge of being guilty of any offence for which such person may be tried by a judge of a county court without a jury, and for which the person so committed consents to be tried without a jury. The court so constituted shall have and exercise the powers and duties

la législature provinciale pour assurer l'administration de la justice dans la province et que, du moins en ce qui concerne les appels des déclarations sommaires de culpabilité, elles ont pour effet d'investir ces juges du pouvoir de rendre, pendant les huit semaines qui suivent leur retraite, des jugements sur des affaires qu'ils ont antérieurement entendues.

Il découle de ce qui précède que je suis d'avis d'accueillir les pourvois qui se rapportent aux infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité et de rétablir la décision rendue par le juge Burke dans chaque affaire. Il ressort de ce qui précède que je suis d'avis de répondre à la question constitutionnelle énoncée par le Juge en chef en concluant que le par. 33(1) de la *Judicature Act* de la Nouvelle-Écosse s'applique à un juge de cour de comté qui entend un appel d'une déclaration sommaire de culpabilité en vertu de l'al. 747c) et de l'art. 748 du *Code criminel* et que ce paragraphe n'est ni *ultra vires* de la législature de la province de la Nouvelle-Écosse ni inopérant.

Le substitut du procureur général a plaidé que la *County Court Judges' Criminal Court Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 66 créait une cour distincte de celle créée par la *County Court Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 64, et que le pouvoir de rendre jugement que l'art. 48 de la *County Court Act* et le par. 33(1) de la *Judicature Act* accordent à un juge de cour de comté après qu'il a pris sa retraite ne s'applique pas à un juge de cour de comté siégeant à la cour de comté (juridiction criminelle). Si je comprends bien, l'argument part du point de vue qu'un juge de cour de comté, qui doit juger un acte criminel en vertu de la Partie XVI du *Code*, siège en «Cour de comté (juridiction criminelle)» et que par conséquent les jugements qu'il rend après sa retraite n'ont aucune validité. L'article 1 de la *County Court Judges' Criminal Court Act* se lit comme suit:

[TRADUCTION] Le juge de chaque cour de comté est constitué en cour d'archives pour le procès de toute personne incarcérée sur une accusation visant une infraction pour laquelle cette personne peut être jugée par un juge d'une cour de comté siégeant sans jury et pour laquelle la personne ainsi incarcérée consent à être jugée sans jury. La cour ainsi constituée possède et

which the Criminal Code purports to confer or require, so far as the Legislature of this Province can confer or require the same.

It will be seen that this section refers to indictable offences as it is only such offences which "may be tried by a judge of a county court without a jury, and for which the person so committed consents to be tried without a jury".

I do not find any validity in the contention that a county court judge is accorded a species of dual personality by reason of the enactment of the two statutes which relate to the county courts. Judge Burke in the present case was acting as county court judge for District Number Two in the Province of Nova Scotia and in my view there is only one such court clothed with the powers conferred upon it by two separate provincial statutes.

The judge's extended authority described in s. 33(1) of the *Judicature Act* is, however, limited in its application to "any proceedings previously tried or heard before him . . ." and in the case of Mr. Rhyndress, Judge Burke had neither tried nor heard his case when he embarked on the exercise of calling witnesses and taking evidence in respect of the sentence to be awarded. In this regard he was acting without any authority whatever and in my view Chief Justice Cowan and the Appeal Division were amply justified in quashing the order which he made.

Neither the Rhyndress case nor any of the other appeals under consideration involved "a county court judge trying an indictable offence without a jury under Part XVI of the *Criminal Code*" and it accordingly becomes unnecessary to supply any answer to the first hypothetical case posed in the order fixing the constitutional question herein.

For all these reasons I would allow the appeals of Henry Murray Ritcey, Harvey Ernest Rafuse, John Leonard Rafuse and Melbourne Elijah Kaizer, set aside the judgments of the Appeal Division and the order of the Chief Justice of the Trial Division and restore the decisions of Judge Burke concerning each of them; but I would dismiss the appeal of Mervyn Rhyndress.

exerce les pouvoirs et les fonctions que le Code criminel a pour effet de conférer ou d'imposer, dans la mesure où la législature de cette province peut les conférer ou les imposer.

On voit que cet article parle des actes criminels puisqu'il s'agit des seules infractions pour lesquelles on peut «être jugé par un juge de cour de comté siégeant sans jury et pour lesquelles la personne ainsi incarcérée consent à être jugée sans jury».

Je n'estime pas juste la prétention qu'un juge de cour de comté soit investi d'un type de personnalité double à cause de l'adoption des deux lois qui visent les cours de comté. En l'espèce, le juge Burke agissait comme juge de cour de comté pour le district numéro deux dans la province de la Nouvelle-Écosse et, à mon avis, il n'existe qu'une seule cour investie des pouvoirs qui lui sont conférés par deux lois provinciales distinctes.

La prolongation des pouvoirs du juge décrite au par. 33(1) de la *Judicature Act* est toutefois limitée dans son application à «toute procédure jugée ou entendue antérieurement par lui . . .». Dans le cas de M. Rhyndress, le juge Burke n'avait pas jugé ni entendu l'affaire antérieurement lorsqu'il a entrepris d'appeler des témoins et de recevoir la preuve relativement à la sentence à rendre. A cet égard, il agissait sans aucun pouvoir et, à mon avis, le juge en chef Cowan et la Division d'appel étaient tout à fait justifiés d'annuler l'ordonnance qu'il a rendue.

Ni l'affaire Rhyndress ni aucun des autres cas n'impliquent «un juge de cour de comté jugeant un acte criminel sans jury en vertu de la Partie XVI du *Code criminel*» et, par conséquent, il n'est pas nécessaire de résoudre le premier cas hypothétique formulé dans l'ordonnance fixant la question constitutionnelle en l'espèce.

Pour tous ces motifs je suis d'avis d'accueillir les pourvois d'Henry Murray Ritcey, Harvey Ernest Rafuse, John Leonard Rafuse et Melbourne Elijah Kaizer, d'infirmer les jugements de la Division d'appel et l'ordonnance du juge en chef de la Division de première instance et de rétablir les décisions du juge Burke relativement à chacun d'eux; mais je suis d'avis de rejeter le pourvoi de Mervyn Rhyndress.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant Ritcey: David F. Walker, New Germany, Nova Scotia.

Solicitors for the appellants Harvey Ernest Rafuse, John Leonard Rafuse, Kaizer and Rhyn-dress: Albert E. Bremner, Bridgewater, Nova Scotia.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the intervenant the Attorney General of Ontario: The Attorney General of Ontario, Toronto.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appellant Ritcey: David F. Walker, New Germany, Nouvelle-Écosse.

Procureurs des appelants Harvey Ernest Rafuse, John Leonard Rafuse, Kaizer et Rhyn-dress: Albert E. Bremner, Bridgewater, Nouvelle-Écosse.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Robert Crothwait *Respondent*.

1979: November 21, 22; 1980: May 6.

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

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF
NEWFOUNDLAND, APPEAL DIVISION

Criminal law — Motor vehicles — Breathalyzer — Evidence — Certificate of analysis — Rebuttable presumption — Conclusive evidence 'in the absence of any evidence to the contrary' — Evidence required to constitute 'evidence to the contrary' — 'Mere possibility of inaccuracy' insufficient — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 236, 237(1)(c), (f), 771(2), (3) — Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 24(1).

Respondent was seen driving a motorcycle in an erratic manner at around 1.35 a.m. He failed a preliminary breath test on a roadside screening device then went to a police station to be tested on a Borkenstein Breathalyzer. At trial, the statutory Certificate of Analyses was tendered as was a copy of the Instruction Manual issued by the manufacturer of the breathalyzer. The manual stated in part that "The temperature of the solution and room air must be within 1°C of each other if accurate answers are to be obtained". The technician admitted that when he made the check with the standard alcohol solution he noted the temperature of the solution but not the room temperature. The defence called as a witness a doctor in chemistry who did not claim to be an expert in breathalyzers and whose knowledge of these instruments was limited to careful readings of the Instruction Manual put in evidence by the Crown. This expert witness explained that there would be a difference in the reading if there was not an equilibrium of temperature between that of the room and that of the solution and that he would not put his signature to an analysis unless he had taken the two temperatures and unless they were the same. The magistrate dismissed the charge and his reasons were endorsed by the District Court Judge on the basis that the evidence indicated that the approved technician performed the tests in a manner that left the results open to uncertainty. This judgment was affirmed by the Appeal Division on the view that the failure of the technician to follow the prescribed mandatory procedure in testing the accuracy of the machine made the certificate inadmissible as evidence of the proportion of alcohol in the blood of the accused.

Held: The appeal should be allowed.

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Robert Crothwait *Intimé*.

1979: 21, 22 novembre; 1980: 6 mai.

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

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR
SUPRÊME DE TERRE-NEUVE

Droit criminel — Véhicules à moteur — Alcootest — Preuve — Certificat d'analyse — Présomption simple — Preuve concluante «en l'absence de toute preuve contraire» — Preuve requise pour constituer une «preuve contraire» — Insuffisance du «simple risque d'inexactitude» — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 236, 237(1)c), f), 771(2), (3) — Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 24(1).

Vers 1h35, on a vu l'intimé qui conduisait une motocyclette en zigzaguant. Il a échoué au test d'analyse d'haleine préliminaire sur place et a alors été emmené au poste de police pour subir un test sur un Breathalyzer Borkenstein. Au procès, le certificat d'analyse légal a été produit ainsi qu'un exemplaire du Guide d'emploi publié par le fabricant de l'éthylomètre. Le manuel dit notamment que «L'écart entre la température de la solution et la température de la pièce ne doit pas dépasser 1° C si l'on veut obtenir des résultats exacts». Le technicien a admis que lorsqu'il a fait le test avec la solution type d'alcool il a noté la température de la solution mais non celle de la pièce. La défense a cité comme témoin un docteur en chimie qui n'a pas prétendu être un expert en matière d'éthylomètre et pour qui la connaissance de ces instruments se limitait à la lecture attentive du Guide d'emploi produit en preuve par le ministère public. Ce témoin expert a expliqué qu'il y aurait une différence dans le relevé s'il n'y avait pas d'équilibre entre la température de la pièce et celle de la solution et qu'il n'apposerait pas sa signature à des analyses à moins de connaître les deux températures et à moins qu'elles soient identiques. Le magistrat a rejeté l'accusation et le juge de la Cour de district a endossé ses motifs parce que selon la preuve, le technicien approuvé a effectué les tests d'une façon telle que les résultats sont incertains. Ce jugement a été confirmé par la Division d'appel au motif que l'omission du technicien de suivre la procédure exigée et prescrite pour la vérification de l'exactitude de la machine rendait le certificat inadmissible comme preuve de la proportion d'alcool dans le sang du prévenu.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

The certificate filed fully complied with s. 237(1)(f) of the *Criminal Code* and was by itself evidence of the results of the analyses. There is no implicit condition that the instrument used must be shown to be functioning properly and the technician to have followed the manufacturer's instructions in testing its accuracy. It is clear from the wording of the *Code* that the rebuttable presumption arises from the mere statements in the certificate itself. That a scientist would not sign a certificate of analysis is irrelevant. Parliament has prescribed the conditions and did not see fit to require a check test, and for good reason, it wanted its prohibition to be exactly enforceable. The certificate was evidence and the only question was whether there was evidence to the contrary sufficient at least to raise reasonable doubt. A review of the defence expert's evidence makes it clear that he did not show that the test could have been affected to such an extent as to affect the reading in what was not a borderline case (150 mg., i.e. 87 per cent in excess). The facts required for a conviction are established and a verdict of guilty should be entered without a need for a new trial.

R. v. Dygdala, [1977] 1 W.W.R. 104; *R. v. Moreau*, [1979] 1 S.C.R. 261; *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525; *Wild v. The Queen*, [1971] S.C.R. 101; *R. v. Fotti*, [1979] 1 W.W.R. 652, aff'd [1980] 1 S.C.R. 589, [1980] 4 W.C.B. 238; *R. v. Ouellette*, [1980] 1 S.C.R. 568, referred to.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Newfoundland, Appeal Division¹, affirming a judgment of Barry D.C.J.² acquitting respondent on a charge under s. 236 of the *Criminal Code*. Appeal allowed, conviction entered, case referred to the District Court of Newfoundland for sentencing and adjudication of costs at trial and in that Court.

Robert Hyslop, for the appellant.

Eric Facey, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

PIGEON J.—This is an appeal by leave of this Court from the judgment of the Court of Appeal of Newfoundland¹ affirming the judgment of Barry D.C.J. (loc. cit. at p. 200) who dismissed a

¹ (1979), 20 Nfld. & P.E.I.R. 191.

² (1979), 20 Nfld. & P.E.I.R. 200.

Le certificat déposé respecte entièrement les dispositions de l'al. 237(1)(f) du *Code criminel* et fait preuve, en lui-même, des résultats des analyses. Il n'existe pas de condition implicite qu'il faut démontrer que l'instrument utilisé fonctionnait bien et que le technicien a suivi les directives du fabricant pour en vérifier l'exactitude. Il ressort clairement du texte du *Code* que les énoncés du certificat font naître par eux-mêmes la présomption simple. L'argument qu'un homme de science refuserait de signer un certificat d'analyse n'est pas pertinent. Le Parlement a établi les conditions et n'a pas jugé bon d'exiger un test de vérification. Pour de bonnes raisons, il voulait que l'on applique exactement son interdiction. Le certificat constitue une preuve et la seule question est de savoir s'il existait une preuve contraire suffisante pour soulever au moins un doute raisonnable. Il ressort clairement de l'examen de la preuve que le témoin expert de la défense n'a pas démontré que les tests ont pu être faussés au point de modifier le relevé dans ce qui n'est pas un cas limite (150 mg, c.-à-d. 87 pour cent de plus). Les faits requis pour une déclaration de culpabilité sont établis et un verdict de culpabilité doit être prononcé sans qu'un nouveau procès soit nécessaire.

Jurisprudence: *R. v. Dygdala*, [1977] 1 W.W.R. 104; *R. c. Moreau*, [1979] 1 R.C.S. 261; *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525; *Wild c. La Reine*, [1971] R.C.S. 101; *R. c. Fotti*, [1979] 1 W.W.R. 652, conf. par [1980] 1 R.C.S. 589, [1980] 4 W.C.B. 238; *R. c. Ouellette*, [1980] 1 R.C.S. 568.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de Terre-Neuve¹, qui a confirmé un jugement du juge Barry, de la Cour de district², qui avait acquitté l'intimé d'une accusation en vertu de l'art. 236 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli, déclaration de culpabilité prononcée, affaire renvoyée à la Cour de district de Terre-Neuve pour sentence et adjudication des dépens en première instance et en cette cour-là.

Robert Hyslop, pour l'appelante.

Eric Facey, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE PIGEON—Ce pourvoi formé avec l'autorisation de la Cour attaque un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve¹ qui confirme la décision du juge Barry, de la Cour de district, (loc. cit. à la

¹ (1979), 20 Nfld. & P.E.I.R. 191.

² (1979), 20 Nfld. & P.E.I.R. 200.

Crown appeal from the acquittal of respondent, Robert Crosthwait, by Magistrate Fowler on summary conviction proceedings. The accused was charged that he:

On or about the 10th day of September, A.D., 1977 at or near Gander, Newfoundland did unlawfully drive a motor vehicle having consumed alcohol in such a quantity that the proportion thereof in his blood exceeded 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood, contrary to Sec. 236 of the *Criminal Code* of Canada.

The evidence before the magistrate disclosed that the accused, driving a motorcycle around 1:35 a.m. in an erratic manner, was first requested to provide a breath sample for a preliminary test on a roadside screening device. Having failed the test, he was requested to accompany the officer to a police station for breath tests on a Borkenstein Breathalyzer. The officer was a qualified technician duly authorized and he made the required two breath analyses, each of which gave a reading of 150 milligrams per 100 millilitres of blood. Between the two breath analyses, the officer made a test with a standard alcohol solution and verified that the result of this test, based upon the temperature of this solution which he noted, came within the prescribed tolerance. Having completed the two breath tests, the officer made a certificate of the two analyses with a notice of intention to produce as evidence and immediately served this notice upon the respondent. The Certificate of Analyses reads:

CERTIFICATE OF ANALYSES

I, B. McNeil, being a person designated as a qualified technician, by the Attorney General of Newfoundland pursuant to section 237(6) of the *Criminal Code* of Canada,

DO HEREBY CERTIFY:

THAT at Gander in the Province of Newfoundland pursuant to a demand under section 235(1) of the *Criminal Code* of Canada, I did take Two samples of the breath of a person identified to me as Robert Crosthwait;

THAT I did receive each of the said samples directly into a Borkenstein Breathalyzer, Model 900, an instrument approved for this purpose pursuant to section 237(6) of the *Criminal Code* of Canada;

p. 200) qui a rejeté un appel du ministère public contre l'acquittement de l'intimé, Robert Crosthwait, par le magistrat Fowler à l'issue de procédures en déclaration sommaire de culpabilité. L'accusé a été inculpé d'avoir:

[TRADUCTION] Le 10 septembre 1977 ou vers cette date, à Gander, (Terre-Neuve), ou dans les environs, conduit un véhicule à moteur alors qu'il avait consommé une quantité d'alcool telle que la proportion d'alcool dans son sang dépassait 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang, contrairement à l'art. 236 du *Code criminel* du Canada.

La preuve devant le magistrat a révélé que, vers 1h35, l'accusé conduisait une motocyclette en zig-zaguant. Il a d'abord été requis de fournir sur place un échantillon d'haleine pour une analyse préliminaire au moyen d'un alcootest. Ayant échoué à ce test, il a été requis d'accompagner l'agent au poste de police pour subir des analyses d'haleine sur un Breathalyzer Borkenstein. L'agent était un technicien qualifié dûment autorisé et il a procédé aux deux analyses d'haleine exigées, dont chacune a donné pour résultat 150 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang. Entre les deux analyses, l'agent a fait un test avec une solution type d'alcool et s'est assuré que le résultat de ce test, d'après la température de cette solution qu'il a notée, se situait dans les limites de la tolérance prescrite. Ayant complété les deux analyses d'haleine, l'agent en a préparé un certificat avec un avis d'intention de le produire comme preuve et a immédiatement signifié cet avis à l'intimé. Le certificat se lit comme suit:

[TRADUCTION] CERTIFICAT DES ANALYSES

Je, B. McNeil, une personne que le procureur général de Terre-Neuve a désignée comme technicien qualifié aux fins de l'article 237(6) du *Code criminel* du Canada,

CERTIFIE:

QUE, à Gander, province de Terre-Neuve, conformément à une sommation en vertu de l'article 235(1) du *Code criminel* du Canada, j'ai prélevé deux échantillons de l'haleine d'une personne identifiée devant moi comme Robert Crosthwait;

QUE j'ai reçu chacun desdits échantillons directement dans un Breathalyzer Borkenstein, modèle 900, un instrument approuvé à cette fin conformément à l'article 237(6) du *Code criminel* du Canada;

THAT I did perform a chemical analysis of each of the said samples by means of the said instrument in which a solution suitable for use in the said instrument and identified as an ampoule of potassium dichromate reagent lot #67422 was used;

THAT I performed the said chemical analyses at Gander in the Province of Newfoundland;

THAT one of the said samples was taken at 2:18 a.m. on the 10th day of September, 1977, and that the result of the proper chemical analysis of this sample was 150 milligrams of alcohol per 100 millilitres of blood;

THAT another of the said samples was taken at 2:36 a.m. on the 10th day of September, 1977, and that the result of the proper chemical analysis of this sample was 150 milligrams of alcohol per 100 millilitres of blood;

I FURTHER CERTIFY:

THAT this certificate of analyses is true to the best of my skill and knowledge.

DATED this 10th day of September, 1977, at Gander in the Province of Newfoundland.

(J. B. McNeil)
Qualified Technician

At the trial, the officer who had made the breath analyses was called by the Crown. The Certificate was tendered in evidence and duly received. There was also put in evidence a copy of the Instruction Manual issued by the manufacturer of the breathalyzer used for the test. In the part of this manual dealing with the use of a standard alcohol solution for making a check on the accuracy of the instrument, there is the following sentence: "The temperature of the solution and room air must be within 1°C of each other if accurate answers are to be obtained". The technician admitted that when he made the check with the standard alcohol solution he noted the temperature of the solution, but not that of the room where the test was made. However, he said that the solution was taken by him from the locker in that same room where he kept the instrument itself.

The defence called as a witness a doctor in chemistry who did not claim to be an expert on the operation of breathalyzers. His knowledge of those instruments was limited to careful readings of the Instruction Manual which was put in evidence. The significant part of his testimony is as follows:

QUE j'ai effectué une analyse chimique de chacun desdits échantillons à l'aide dudit instrument dans lequel était utilisée une solution appropriée audit instrument, identifiée comme une ampoule de réactif au bichromate de potassium, lot #67422;

QUE j'ai effectué lesdites analyses chimiques à Gander, province de Terre-Neuve;

QU'un desdits échantillons a été prélevé à 2h18 le 10 septembre 1977 et que le résultat de l'analyse chimique appropriée de cet échantillon a été 150 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang;

QU'un autre desdits échantillons a été prélevé à 2h36 le 10 septembre 1977 et que le résultat de l'analyse chimique appropriée de cet échantillon a été 150 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang.

JE CERTIFIE DE PLUS:

QUE ce certificat d'analyse est véridique d'après ma connaissance et mon habileté.

FAIT ce 10 septembre, 1977, à Gander, province de Terre-Neuve.

(J. B. McNeil)
Technicien qualifié

Au procès, l'agent qui avait fait les analyses d'haleine a été cité par le ministère public. Le certificat a été produit comme preuve et dûment reçu. On a également produit comme preuve un exemplaire du Guide d'emploi publié par le fabricant de l'éthylomètre utilisé pour le test. Dans la partie de ce manuel qui traite de l'utilisation d'une solution type d'alcool pour vérifier l'exactitude de l'instrument, se trouve la phrase suivante: [TRADUCTION] «L'écart entre la température de la solution et la température de la pièce ne doit pas dépasser 1° C si l'on veut obtenir des résultats exacts.» Le technicien a admis que lorsqu'il a fait le test avec la solution type d'alcool il a noté la température de la solution mais non celle de la pièce. Cependant, il a dit qu'il avait pris la solution dans une armoire située dans la même pièce où se trouvait l'instrument.

La défense a cité comme témoin un docteur en chimie qui n'a pas prétendu être un expert dans le fonctionnement des éthylomètres. Sa connaissance de ces instruments se limitait à la lecture attentive du Guide d'emploi qui a été produit en preuve. Voici la partie importante de son témoignage:

A. Any pure liquid or any solution tends to put one or more of its components into the vapour phase above the solution. The amount of the component which goes into the vapour phase depends directly on the temperature. To have a definitely established amount of substance in the vapour phase and that is what we are doing here, we are saying there will be a definitely established amount of alcohol in the vapour phase, we need for the solution to have reached equilibrium with its surroundings. Most importantly, this equilibrium involves the temperature of the surroundings. If one were to take a reading when the solution when not in equilibrium with its surroundings and then take a reading a little while later, the two readings of the amount of substance in the vapour phase would be different and they would constantly change until equilibrium is reached. Without actually carrying out a research program, I would not be able to state how much the difference would be, how much the change would be. But in any solution this would be the same. If one has the solution at a different temperature, reads the temperature in the solution and then takes a reading, leaves it a few minutes or a certain time, takes another reading, then the values of the amount of whatever we are looking at in the vapour phase would be different. Eventually, when the two, the solution and the surroundings were in equilibrium, no matter how long you took between readings, they would always come out the same. Once equilibrium has been reached.

Q. Now, you've had an opportunity to familiarize yourself with the contents of that manual? A. Yes.

Q. Is it reasonable to assume that two substances, namely air and water, because they may be in the same room, one being locked in a cupboard at a lower altitude than the other, that these two substances, that is the ambient air and the solution would be within one degree centigrade of each other? A. What one can say about this Your Honour and I'll have to edge it around because one hasn't seen where the things are kept and so on, as one knows from one's own house, the temperature around the thermostat for example within a room may record 70 degrees Fahrenheit and yet one knows that another portion of the room the temperature is not 70 degrees Fahrenheit, it may be higher or it may be lower. Consequently, it is possible for temperatures to vary between where the solution was stored and the general area where the test was carried out, it is possible.

A. I would not put my signature to an analyses unless I had got the two temperatures and unless they were the same.

[TRADUCTION] R. Tout liquide pur ou solution tend à transformer un ou plusieurs de ses éléments en vapeur à la surface. La quantité de l'élément transformée en vapeur dépend directement de la température. Pour obtenir une quantité bien définie de substance à l'état de vapeur, et c'est ce que l'on fait ici, on dit qu'une quantité bien définie d'alcool se transformera en vapeur, la solution doit être en équilibre avec l'air ambiant. Il est très important que cet équilibre se fasse avec la température de l'air ambiant. Si l'on fait un relevé lorsque la solution n'est pas en équilibre avec l'air ambiant puis qu'on en fasse un autre un peu plus tard, les deux relevés de la quantité de substance transformée en vapeur seront différents et ils varieront continuellement jusqu'au moment où l'équilibre sera atteint. Sans effectuer tout un programme de recherches, je suis incapable de dire quelle serait la différence, quel serait le changement. Mais il en serait de même pour toute solution. Prenez une solution à une température différente, vérifiez sa température et faites ensuite un relevé, attendez quelques minutes ou un certain temps, faites un autre relevé, alors le chiffre de la quantité de ce que vous vérifiez à la phase vapeur sera différent. Finalement, lorsque les deux, la solution et l'air ambiant, seront en équilibre, les relevés seront toujours les mêmes quel que soit l'intervalle; une fois que l'équilibre est atteint.

Q. Maintenant, avez-vous eu la possibilité de vous familiariser avec le contenu de ce guide? R. Oui.

Q. Est-il raisonnable de présumer que deux substances, savoir l'air et l'eau, parce qu'elles se trouvent dans la même pièce, l'une étant dans une armoire moins élevée que l'autre, que la température de ces deux substances, savoir l'air ambiant et la solution, ne varierait pas plus d'un degré Celsius l'une de l'autre? R. Ce que l'on peut dire à ce sujet, Votre Seigneurie, et il faut être prudent lorsque l'on n'a pas vu l'endroit où les articles sont entreposés, etc., comme chacun de nous a pu le constater chez soi, par exemple, dans une pièce, la température relevée près du thermostat peut être de 70 degrés Fahrenheit et, pourtant, nous savons que dans une autre partie de la pièce la température n'est pas 70 degrés Fahrenheit, elle peut être plus élevée ou plus basse. Par conséquent, il est possible que la température à l'endroit où était entreposée la solution et la température à l'endroit où le test a été effectué aient été différentes, c'est possible.

R. Je n'apposerais pas ma signature à des analyses à moins de connaître les deux températures et à moins qu'elles soient identiques.

Magistrate Fowler stated his reasons for dismissing the charge in these words:

... This particular case rests on two factors as presented by way of defence, the first being whether or not the taking of the room temperature is essential to the proper and correct operation of the breathalyzer machine. It is this Court's understanding that once the machine is ready to receive its first human breath sample and in fact does so, the reading is recorded and then it is checked by a device known as an equilibrator to ensure its proper functioning. If the technician is satisfied that the machine is working properly, he then takes the required second sample of human breath and once again prepares the machine and records the reading. The problem now arises, whether or not the test performed to determine the proper functioning of the breathalyzer machine was in itself a proper test, insofar as the parameters of the equilibrator are concerned; that is the temperature and the concentration of alcohol in the solution. The manual which has been entered as Exhibit #2, BM#2, the Breathalyzer Model 900 Instruction Manual, states on page 26, and I quote from that Exhibit, "room air pumped through water containing alcohol will take on a definite amount of alcohol controlled by the concentration of alcohol in the solution and the temperature. The temperature of the solution and room air must be within one degree celcius of each other if accurate answers are to be obtained". On page 27 of the same manual, it is stated, "check the temperature of the solution to see that it is close to room temperature." Notwithstanding the chart on page 27 of the same manual, which no doubt was derived knowing the parameters or variables of temperature and alcohol content by the producers of the manual, the test of the machine's accuracy is done using an 'equilibrator', in a room with the specific temperature, and that temperature must be recorded in order to determine its deviation, if any, from that of the air and alcohol-water solution. If this is not done, the technician does not know if his test on the machine yields a correct reading. In the case before the bar today, Cst. McNeil, the technician, stated, and I'm paraphrasing the Constable's statement, that if he didn't get a correct reading the machine would not function properly and the reading would be disqualified. He further stated that if the proper procedure was followed nothing could go wrong. He also stated that he did not take and record the room temperature but that since the standard alcohol solution test worked out, then the room temperature and the air-alcohol solution temperature must be within one degree celcius of each other. In effect he was saying that since the test worked out, the machine worked out, and since the machine worked, therefore the test worked. The obvious question

Le magistrat Fowler a énoncé, comme suit, les motifs pour lesquels il a rejeté l'accusation:

[TRADUCTION] (...) Cette affaire dépend de deux facteurs soumis en défense. Le premier est de savoir s'il est essentiel de vérifier la température de la pièce pour assurer le bon fonctionnement de l'éthylomètre. Il appert que lorsque l'appareil est prêt à recevoir le premier échantillon d'haleine humaine et le reçoit, le résultat est noté et est ensuite vérifié par un dispositif connu sous le nom d'équilibreur pour en vérifier le bon fonctionnement. Si le technicien est convaincu que l'appareil fonctionne bien, il prend ensuite le second échantillon d'haleine humaine, prépare de nouveau l'appareil et note le résultat. Il s'agit maintenant de savoir si le test effectué pour déterminer le bon fonctionnement de l'éthylomètre était lui-même un bon test en ce qui a trait aux paramètres de l'équilibreur; c'est-à-dire la température et la concentration d'alcool dans la solution. Le guide qui a été produit comme pièce 2, BM #2, le Guide d'emploi du Breathalyzer, modèle 900, explique, à la page 26, et je cite un passage de cette pièce, «de l'air ambiant qui circule dans de l'eau contenant de l'alcool retiendra une quantité définie d'alcool selon la concentration d'alcool dans la solution de la température. L'écart entre la température de la solution et la température de la pièce ne doit pas dépasser un degré Celsius si l'on veut obtenir des résultats exacts». A la page 27 du même guide, on peut lire «vérifier la température de la solution pour vous assurer qu'elle est proche de celle de la pièce.» Malgré le tableau à la page 27 du même guide, que les auteurs ont, sans aucun doute, préparé en connaissant les paramètres ou les écarts de température et de teneur en alcool, le test pour vérifier l'exactitude de l'appareil est effectué avec un «équilibreur», dans une pièce ayant une température déterminée, et cette température doit être notée afin de déterminer l'écart, le cas échéant, entre celle de l'air et celle de la solution d'eau et d'alcool. Sinon, le technicien ne sait pas si le test effectué avec l'appareil donne un résultat exact. Dans l'affaire soumise à la cour aujourd'hui, le constable McNeil, le technicien, a déclaré, et je paraphrase sa déclaration, que s'il n'obtenait pas un résultat correct, l'appareil fonctionnait mal et le résultat serait rejeté. Il a ajouté que si la procédure appropriée était suivie il ne pouvait y avoir d'erreur. Il a dit également qu'il n'a pas vérifié la température de la pièce et qu'il ne l'a pas notée mais que, puisque le test avec la solution type d'alcool a fonctionné, il ne devait pas y avoir un écart de plus d'un degré Celsius entre la température de la pièce et celle de la solution type d'eau et d'alcool. En somme il disait que puisque le test a réussi, l'appareil a fonctionné et que puisque l'appareil a fonctionné le test a réussi. La question qu'il faut évidemment se poser est «qu'arrive-

now then that has to be considered is "what if both the machine and the equilibrator were in error?" The only answer would be that the degree of error would be absolutely unknown. The only way to accurately perform the test of the breathalyzer machine's proper functioning is with a good equilibrator test. In the evidence of Dr. Newlands, the expert chemist, he stated that he has had twenty-two years experience in the field of chemistry and is head of the Department of Chemistry at Memorial University of Newfoundland. He further states to have a definitely established amount of alcohol in the vapour stage, the solution must reach equilibrium with its surroundings, most importantly the temperature of its surroundings. He further states you could not assume both temperatures to be the same. A good equilibrator test would require, I am not quoting this particular point now by Dr. Newlands, this is the Court's words, a good equilibrator test would require the room temperature to be known as well as the concentration of alcohol in the solution. The distinction between this case and the case of *R. vs. Dygdala* in the Supreme Court of Alberta is that the instructional manual was not entered in that case as well as no expert chemical evidence was entered to assist in interpreting the principles of the chemistry involved. Referring to use of the equilibrator, on page 26 of the Instructions Manual for the Model 900 Breathalyzer under the heading "Use of the Equilibrator", which one would have to assume from this piece of evidence defines the functionality of that particular equilibrator, without the temperature noted, the instruction manual's reference to the use of the equilibrator becomes meaningless and it does indeed give rise to a reasonable doubt as to the accuracy of the recorded blood-alcohol ratio of this particular accused. There are other factors in this case, however, the case rests primarily on the issue just considered, and consequently having said what I have just said, I find that I cannot enter a conviction in this particular matter and I enter a finding of 'not guilty'. The case is dismissed against Mr. Crosthwait.

These reasons were endorsed by Barry D.C.J. who, after quoting extensively from the evidence and reviewing cases including *Dygdala*³ concluded as follows (at p. 214):

While the Code places a great responsibility and power in the hands of an approved technician in making a determination of the blood-alcohol level of an accused person, it also requires of him that he perform his test

³ *sub nom. R. v. Dygdala*, [1977] 1 W.W.R. 104 (Alta. C.A.).

t-il si l'appareil et l'équilibreur ne sont pas exacts?» La seule réponse serait que l'on ignorerait complètement l'importance de l'erreur. La seule façon d'effectuer avec exactitude le test du bon fonctionnement de l'éthylomètre est de faire un bon test de l'équilibreur. Dans son témoignage, M. Newlands, l'expert-chimiste, a déclaré qu'il a vingt-deux ans d'expérience dans le domaine de la chimie et qu'il est chef du Département de chimie à l'Université Memorial de Terre-Neuve. Il a de plus déclaré que pour avoir une quantité bien précise d'alcool lors de l'évaporation, la solution doit être en équilibre avec la température ambiante, principalement avec l'air ambiant. Il a ajouté que l'on ne peut pas présumer que les deux températures sont les mêmes. Un bon test de l'équilibreur exige, je ne cite pas textuellement M. Newlands sur ce point mais c'est ce que j'en déduis, un bon test de l'équilibreur exige que l'on connaisse la température de la pièce de même que la concentration d'alcool dans la solution. La distinction à faire entre la présente espèce et l'affaire *R. v. Dygdala* en Cour suprême de l'Alberta est que dans l'affaire *Dygdala* le guide d'emploi n'a pas été produit en preuve et qu'aucun expert-chimiste n'a témoigné pour aider à interpréter les principes de chimie en cause. Si l'on se réfère à l'utilisation de l'équilibreur à la page 26 du Guide d'emploi du Breathalyzer, modèle 900, sous le titre «Utilisation de l'équilibreur», qui, on peut le présumer d'après cette pièce, définit le fonctionnement de cet équilibreur en particulier, le renvoi dans le guide d'emploi à l'utilisation de l'équilibreur devient inutile si la température n'est pas notée et soulève en fait un doute raisonnable quant à l'exactitude de l'alcoolémie enregistrée chez cet accusé. Il y a d'autres facteurs en l'espèce, mais l'affaire repose principalement sur la question que je viens d'examiner, et par conséquent, compte tenu de ce que je viens de dire, je suis d'avis que je ne peux prononcer une déclaration de culpabilité en l'espèce et je conclus à la «non-culpabilité». L'accusation contre M. Crosthwait est rejetée.

Le juge Barry, de la Cour de district, a endossé ces motifs et, après avoir cité de longs passages de la preuve et examiné la jurisprudence, y compris l'arrêt *Dygdala*³, a conclu comme suit (à la p. 214):

[TRADUCTION] Le Code confie une grande responsabilité et un vaste pouvoir au technicien approuvé pour déterminer l'alcoolémie d'un prévenu, mais il exige également qu'il effectue son test convenablement, en

³ *sub nom., R. v. Dygdala*, [1977] 1 W.W.R. 104 (C.A. Alb.)

properly, using approved apparatus and materials. The evidence of Dr. Newlands is that he performed such tests in a manner as to leave the results open to question or uncertainty. In my view that is unquestionably evidence to the contrary within the meaning of section 237(1)(c). The learned magistrate was right in accepting his testimony as to the principles involved in the conduct of the standard alcohol solution tests, and of his critical appraisal of the method used by the approved technician in this case. Accordingly I hereby confirm the decision of the learned magistrate and dismiss this appeal.

On appeal Morgan J.A. with whom Furlong C.J.N. and Gushue J.A. concurred, said on the main issue (at pp. 198-200):

In my view the rebuttable presumption of the proportion of alcohol in the blood of an accused that arises under Sec. 237(1)(c) can only arise when it is made clear that all the conditions prescribed by that section have been fulfilled. As I read the provisions of Sec. 237, the accused is entitled to challenge the statements contained in the certificate and if the information elicited on cross-examination reveals that any one of the prescribed statutory conditions has not, in fact, been fulfilled, the certificate itself cannot be relied on as evidence of the proportion of alcohol in the accused's blood.

One of the statutory prerequisites is that a chemical analysis of each sample be made by means of an approved instrument operated by a qualified technician. An approved instrument being defined as,

“... an instrument of a kind that is designed to receive and make a chemical analysis of a sample of the breath of a person in order to measure the proportion of alcohol in the blood of that person and that is approved as suitable for the purposes of this section by order of the Attorney General of Canada”,

Borkenstein Breathalyzer Model 900 is an approved instrument within the meaning of that section.

In this case the qualifications of the technician is not in issue but objection was taken as to the accuracy of the particular instrument used by him.

A breathalyzer Instruction Manual is supplied with each machine for the information and guidance of operators. In addition to providing a check list of the proper steps to be taken by the operator to eliminate error in conducting the breath sample test, the Manual makes provision for the testing of the machine itself to ensure

utilisant un instrument et des solutions approuvés. M. Newlands a témoigné que les tests ont été effectués d'une façon telle que les résultats sont contestables ou incertains. A mon avis, il s'agit là sans aucun doute d'une preuve contraire au sens de l'al. 237(1)c). Le savant magistrat a eu raison d'accepter son témoignage quant aux principes en jeu dans les tests avec la solution type d'alcool, et sa critique de la méthode utilisée par le technicien approuvé en l'espèce. Par conséquent, je confirme la décision du savant magistrat et rejette cet appel.

En appel, le juge Furlong, juge en chef de Terre-Neuve, et le juge Gushue ont souscrit à l'avis du juge Morgan qui a dit sur la question principale (aux pp. 198 à 200):

[TRADUCTION] A mon avis, la présomption simple de la proportion d'alcool dans le sang d'un prévenu, créée par l'al. 237(1)c), n'existe que lorsque l'on établit avec certitude que toutes les conditions prévues par cet article ont été respectées. Si je comprends bien les dispositions de l'art. 237, le prévenu peut contester les déclarations contenues dans le certificat et, si les renseignements obtenus au contre-interrogatoire révèlent que l'une ou l'autre des conditions prescrites par la loi n'a pas, en fait, été respectée, le certificat lui-même ne peut être produit comme preuve de la proportion d'alcool dans le sang du prévenu.

L'une des conditions de la loi est que l'analyse chimique de chaque échantillon soit faite au moyen d'un instrument approuvé manipulé par un technicien qualifié. Un instrument approuvé est défini comme,

«... un instrument d'un genre destiné à recueillir un échantillon de l'haleine d'une personne et à en faire l'analyse chimique en vue de mesurer la proportion d'alcool dans le sang de cette personne et qui est approuvé comme instrument approprié aux fins du présent article par ordonnance du procureur général du Canada;»

Le Breathalyzer Borkenstein, modèle 900, est un instrument approuvé au sens de cet article.

En l'espèce, la compétence du technicien n'est pas en litige, mais on a soulevé une objection quant à l'exactitude de l'instrument même qu'il a utilisé.

Un guide d'emploi de l'éthylomètre est fourni avec chaque appareil pour instruire et guider les opérateurs. En plus d'indiquer la marche à suivre pour éviter toute erreur dans le test de l'échantillon d'haleine, le Guide donne des directives pour vérifier l'appareil lui-même et s'assurer de l'exactitude du résultat obtenu. Ce test

the accuracy of the reading obtained. This test involves the use of the equilibrator in which the standard alcohol solution is placed. With respect to the use of the equilibrator the Manual prescribes that when the alcohol solution is being performed the temperature of the solution and room air must be within 1°C of each other if accurate answers are to be obtained.

The importance of ensuring that the solution and room air are within 1°C of each other if accurate answers are to be obtained was re-emphasized by Dr. Newlands in his evidence to which I have already referred. It was admitted that the technician did not take the room temperature when testing the machine. Because the reading obtained was within 10 milligrams of the predetermined reading on his chart he assumed that the solution and room temperature were within the prescribed limits of each other and thus the machine was functioning properly. An assumption he was not entitled to make without knowing the room temperature.

In my opinion, it is implicit in the statutory approval of a class of instruments that a particular instrument of that class is functioning properly. The failure on the part of the technician to follow the prescribed mandatory procedure in testing the accuracy of the machine meant that the reliability of that particular machine was left in doubt and therefore he could not certify the accuracy of the reading obtained on the blood samples tests, as required by statute. The certificate then cannot be said to have been in strict accord with the statutory provision which is a prerequisite to the admissibility of the certificate as proof of the proportion of alcohol in the blood of the accused. There being no other evidence adduced the accused was properly acquitted and the learned District Court Judge quite properly affirmed the Magistrate's judgment.

I would accordingly dismiss the appeal.

Subsection 236(1) under which the accused was charged reads:

236. (1) Every one who drives a motor vehicle or has the care or control of a motor vehicle, whether it is in motion or not, having consumed alcohol in such a quantity that the proportion thereof in his blood exceeds 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood, is guilty of an indictable offence or an offence punishable on summary conviction and is liable . . .

Respecting evidence in prosecutions under this provision, paras. (c) and (f) of subs. 237(1) provide:

237. (1) In any proceeding under Section 234 or 236,

comprend l'utilisation de l'équilibreur dans lequel la solution type d'alcool est mise. Relativement à l'utilisation de l'équilibreur, le Guide dit que lorsque l'on fait le test avec la solution type d'alcool l'écart entre la température de la solution et celle de la pièce ne doit pas dépasser 1° C si l'on veut obtenir des résultats exacts.

Dans son témoignage dont j'ai déjà fait mention, M. Newlands a insisté sur l'importance de s'assurer que la différence entre la température de la solution et celle de la pièce ne dépasse pas 1° C si l'on veut obtenir des résultats exacts. Il a été admis que le technicien n'a pas noté la température de la pièce en vérifiant l'appareil. Parce que l'écart entre le résultat obtenu et le chiffre figurant au tableau était inférieur à 10 milligrammes, il a présumé que la différence entre la température de la solution et celle de la pièce se situait dans les limites prévues et qu'ainsi l'appareil fonctionnait bien. Il ne pouvait présumer ce fait sans connaître la température de la pièce.

A mon avis, l'approbation par la loi d'une catégorie d'instruments implique que chaque instrument de cette catégorie fonctionne bien. L'omission du technicien de suivre la procédure exigée et prescrite pour la vérification de l'exactitude de l'appareil laissait planer un doute sur l'exactitude de cet appareil et il ne pouvait donc certifier l'exactitude de résultat des analyses des échantillons comme l'exige la loi. On ne peut donc dire que le certificat respectait les conditions que la loi fixe pour l'admissibilité comme preuve de la proportion d'alcool dans le sang du prévenu. Puisque aucune autre preuve n'a été produite, l'acquiescement du prévenu était justifié et le savant juge de la Cour de district a eu raison de confirmer la décision du magistrat.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter l'appel.

Le paragraphe 236(1) aux termes duquel le prévenu a été inculpé se lit comme suit:

236. (1) Le conducteur d'un véhicule à moteur ou la personne en ayant la garde à l'arrêt dont le taux d'alcoolémie dépasse 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang, est coupable d'un acte criminel ou d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité et passible, . . .

Relativement à la preuve dans des poursuites en vertu de cette disposition, les al. 237(1)c) et f) prévoient:

237. (1) Dans toutes procédures en vertu de l'article 234 ou 236,

(c) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 235(1), if

- (i) not proclaimed
- (ii) each sample was taken as soon as practicable after the time when the offence was alleged to have been committed and in any event not later than two hours after that time, with an interval of at least fifteen minutes between the times when the samples were taken,
- (iii) each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by a qualified technician, and
- (iv) a chemical analysis of each sample was made by means of an approved instrument operated by a qualified technician,

evidence of the results of the chemical analyses so made is, in the absence of any evidence to the contrary, proof that the proportion of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed was, where the results of the analyses are the same, the proportion determined by such analyses and, where the results of the analyses are different, the lowest of the proportions determined by such analyses;

(f) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 235(1), a certificate of a qualified technician stating

- (i) that each chemical analysis of the samples has been made by means of an approved instrument operated by him in which a substance or solution suitable for use in that approved instrument and identified in the certificate was used,
- (ii) the results of the chemical analyses so made, and
- (iii) if the samples were taken by him,

- (A) not proclaimed
- (B) the time when and the place where each sample and any specimen described in clause (A) was taken, and
- (C) that each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by the technician,

c) lorsque des échantillons de l'haleine du prévenu ont été prélevés conformément à une sommation faite en vertu du paragraphe 235(1),

- (i) non proclamé,
- (ii) si chaque échantillon a été prélevé dès qu'il a été matériellement possible de le faire après le moment où l'infraction est alléguée avoir été commise et, de toute façon, pas plus de deux heures après ce moment, le second l'ayant été au moins quinze minutes après le premier,
- (iii) si chaque échantillon a été reçu de l'accusé directement dans un contenant approuvé ou dans un instrument approuvé, manipulé par un technicien qualifié, et
- (iv) si une analyse chimique de chaque échantillon a été faite à l'aide d'un instrument approuvé, manipulé par un technicien qualifié,

la preuve des résultats des analyses chimiques ainsi faites fait preuve, en l'absence de toute preuve contraire, du taux d'alcoolémie dans le sang du prévenu au moment où l'infraction est alléguée avoir été commise, ce taux correspondant aux résultats de ces analyses, lorsqu'ils sont identiques, ou au plus faible d'entre eux s'ils sont différents;

f) lorsque des échantillons de l'haleine du prévenu ont été prélevés conformément à une sommation faite en vertu du paragraphe 235(1), un certificat d'un technicien qualifié énonçant

- (i) que chaque analyse chimique des échantillons a été faite à l'aide d'un instrument approuvé, manipulé par lui et dans lequel a été utilisée une substance ou solution propre à être utilisée dans cet instrument approuvé et identifiée dans le certificat,
- (ii) que les résultats des analyses chimiques ainsi faites, et
- (iii) dans le cas où il a lui-même prélevé les échantillons,

- (A) non proclamé,
- (B) le temps et le lieu où chaque échantillon et un spécimen quelconque mentionné dans la disposition (A) ont été prélevés, et
- (C) que chaque échantillon a été reçu de l'accusé directement dans un contenant approuvé ou dans un instrument approuvé, manipulé par lui,

is evidence of the statements contained in the certificate without proof of the signature or the official character of the person appearing to have signed the certificate.

Concerning para. (f) it must be noted that subs. 24(1) of the *Interpretation Act* (R.S.C. 1970, c. I-23) provides:

24. (1) Where an enactment provides that a document is evidence of a fact without anything in the context to indicate that the document is conclusive evidence, then, in any judicial proceedings, the document is admissible in evidence and the fact shall be deemed to be established in the absence of any evidence to the contrary.

In the instant case, the certificate filed at the trial fully complies with the conditions stated in para. (f). It was, therefore, by itself, evidence of the results of the analyses. With respect, I cannot agree that there is another implicit condition namely, that the instrument used must be shown to have been functioning properly, and the technician had followed the manufacturer's instructions in testing its accuracy. It is clear from the wording of the *Code* that the rebuttable presumption arises from the mere statements in the certificate itself. The presumption may no doubt be rebutted by evidence that the instrument used was not functioning properly but the certificate cannot be rejected on that amount. It may very well be that a scientist would not sign a certificate of analysis on the basis of the tests as performed by the technician, but this is irrelevant. Parliament has prescribed the conditions under which a certificate is evidence of the results of breath analyses and did not see fit to require evidence that the approved instrument was operating properly. Parliament did not see fit to require a check test be made with a standard alcohol solution and made reference only to the solution used for the actual test. Technicians are instructed to make a check test but the making of this test or its results have not been made conditions of the validity of the certificate and it has not been provided that the certificate would not be valid if it was not shown that the instrument had been maintained and operated in accordance with the manufacturer's instructions.

fait preuve des déclarations contenues dans le certificat sans qu'il soit nécessaire de faire la preuve de la signature de la personne par laquelle il paraît avoir été signé ni de la qualité officielle de cette personne.

Relativement à l'al. f), il faut remarquer que le par. 24(1) de la *Loi d'interprétation* (S.R.C. 1970, chap. I-23) dispose:

24. (1) Quand un texte législatif déclare qu'un document constitue la preuve d'un fait sans qu'il y ait, dans le contexte, une indication que le document est une preuve concluante, ce dernier est recevable comme preuve dans toutes procédures judiciaires et le fait est alors réputé établi en l'absence de toute preuve contraire.

En l'espèce, le certificat déposé au procès respecte entièrement les conditions énoncées à l'al. f). En lui-même il faisait donc preuve des résultats des analyses. Avec égards, je ne peux accepter qu'il existe une autre condition implicite savoir, qu'il faut démontrer que l'instrument utilisé fonctionnait bien et que le technicien avait suivi les directives du fabricant pour en vérifier l'exactitude. Il ressort clairement du texte du *Code* que les énoncés du certificat font naître par eux-mêmes la présomption simple. La présomption peut sans doute être réfutée par la preuve du mauvais fonctionnement de l'instrument utilisé, mais le certificat ne peut être rejeté pour ce motif. Il se peut fort bien qu'un homme de science refuserait de signer un certificat d'analyse fondé sur les tests effectués par le technicien, mais cela n'est pas pertinent. Le Parlement a établi les conditions auxquelles un certificat fait preuve des résultats des analyses d'haleine et n'a pas jugé bon d'exiger la preuve que l'instrument approuvé fonctionnait bien. Le Parlement n'a pas jugé bon d'exiger qu'un test de vérification soit effectué avec une solution type d'alcool; il n'a parlé que de la solution utilisée pour le test de l'haleine. On recommande bien aux techniciens d'effectuer un test de vérification, mais ce test ou ses résultats n'ont jamais été exigés comme condition de la validité du certificat et il n'a pas été prévu que le certificat serait invalide si l'on ne prouvait pas que l'instrument avait été entretenu et utilisé conformément aux directives du fabricant.

There is no need to dwell on the reasons for which Parliament did not specify those additional conditions, they are obvious. In *R. v. Moreau*⁴, Beetz J. said (at p. 273):

... one of the reasons if not the only reason why Parliament prescribed the use of approved instruments must have been that it wanted its precise prohibition to be exactly enforceable. This intent would be frustrated if approved instruments were treated as ordinary instruments.

This does not mean that the accused is at the mercy of the technician: while the certificate is evidence by itself, the facts of which it is evidence are "deemed to be established only in the absence of any evidence to the contrary". Thus, any evidence tending to invalidate the result of the tests may be adduced on behalf of the accused in order to dispute the charge against him. As was pointed out in *R. v. Proudlock*⁵, it is not necessary in such cases that the rebutting evidence should do more than raise a reasonable doubt and, of course, this evidence may be sought in depositions given by witnesses of the Crown as well as in depositions of defence witnesses. Therefore, in my view, the situation here is that the certificate was evidence of the results of the analyses by virtue of the express provisions of the *Criminal Code*, however, the further question remained: Was there any evidence to the contrary sufficient at least to raise a reasonable doubt?

The evidence on the basis of which the accuracy of the results of the breath tests was questioned may be briefly summarized. The tests themselves were not disputed, what was challenged was the check test with the standard alcohol solution. It was pointed out that, according to the Instruction Manual, for accurate results, the temperature of the solution and room air must be within 1°C of each other. The technician did record the solution temperature, he did not verify that it was within 1°C of the air temperature of the room in which it was kept and the defence expert witness says it is possible that it did differ by more than 1°C. As to the influence this may have had on the accuracy of

Il n'est pas nécessaire de traiter longuement des motifs pour lesquels le Parlement n'a pas prévu ces conditions additionnelles, ils sont évidents. Dans *R. c. Moreau*⁴, le juge Beetz a dit (à la p. 273):

... une des raisons, pour ne pas dire la seule raison, pour laquelle le Parlement a prescrit l'utilisation d'instruments approuvés devait être la volonté que l'on applique exactement une interdiction précise. Cette intention serait lettre morte si les instruments approuvés étaient traités de la même manière que les instruments ordinaires.

Cela ne signifie pas que le prévenu est à la merci du technicien: bien que le certificat constitue par lui-même une preuve, les faits qu'il établit sont «réputé(s) établi(s) seulement en l'absence de toute preuve contraire». Ainsi, toute preuve qui tend à invalider le résultat des tests peut être produite au nom de l'accusé afin de contester l'acquisition portée contre lui. Comme on l'a dit dans *R. c. Proudlock*⁵, il n'est pas nécessaire en pareil cas que la preuve contraire soulève plus qu'un doute raisonnable et, bien sûr, cette preuve peut être puisée autant dans les dépositions des témoins du ministère public que dans celles des témoins de la défense. A mon avis, en l'espèce le certificat faisant preuve des résultats des analyses en vertu des dispositions expresses du *Code criminel*, cependant, une autre question demeure: existait-il une preuve contraire suffisante pour soulever au moins un doute raisonnable?

La preuve sur laquelle on s'est basé pour mettre en doute l'exactitude des résultats des analyses d'haleine peut être résumée brièvement. On ne conteste pas les tests eux-mêmes, mais bien le test de vérification avec la solution type d'alcool. On a fait remarquer que, selon le Guide d'emploi, pour obtenir des résultats exacts, l'écart entre la température de la solution et la température de la pièce ne doit pas dépasser 1°C. Le technicien a noté la température de la solution mais n'a pas vérifié si elle variait de moins d'un degré de la température de la pièce où elle était gardée, et le témoin expert de la défense a dit qu'il était possible que l'écart ait été de plus de 1°C. Quant aux répercussions

⁴ [1979] 1 S.C.R. 261.

⁵ [1979] 1 S.C.R. 525.

⁴ [1979] 1 R.C.S. 261.

⁵ [1979] 1 R.C.S. 525.

the results of the check test, he says: "Without actually carrying out a research program, I would not be able to state how much difference would be, how much the change would be".

After examining the whole of the evidence of Dr. Newlands, I find that it does not provide any evidence of a probability of a difference of more than 1°C and no evidence of how or whether such a possible difference could have influenced the results of the test to a significant extent. In this connection I feel that it is important to note that this is not a borderline case concerning the excess blood alcohol above the allowable maximum of 80 milligrams. The two breath tests disclosed 150 milligrams, that is 87 per cent in excess. There is no suggestion in the evidence that any conceivable difference between room air and alcohol solution temperature could have affected the validity of the check test to such an extent as to conceal a malfunction of this order of magnitude.

I am therefore of the opinion that the evidence of Dr. Newlands does not constitute evidence to the contrary under s. 237(1)(c) of the *Criminal Code*. Mere possibility of some inaccuracy will not assist the accused. What is necessary to furnish evidence to the contrary is some evidence which would tend to show an inaccuracy in the breathalyzer or in the manner of its operation on the occasion in question of such a degree and nature that it could affect the result of the analysis to the extent that it would leave a doubt as to the blood alcohol content of the accused person being over the allowable maximum. There is no such evidence before the Court in the case at bar. Dr. Newlands' testimony, taken at its face value, does not supply it. It merely affords evidence of a mere possibility of some inaccuracy in the check test, but no evidence as to the extent of such inaccuracy in the case at bar or as to the possibility or probability of the effect which any such inaccuracy might have had upon the results of the breath analysis. The certificate therefore remains uncontradicted.

At the hearing in this Court, counsel for the appellant referred to the unreported judgment in *R. v. Furey*, a Newfoundland Provincial Court

que cela peut avoir sur l'exactitude des résultats du test de vérification il dit: [TRADUCTION] «Sans effectuer tout un programme de recherches, je suis incapable de dire quelle serait la différence, quel serait le changement».

Ayant examiné tout le témoignage de M. Newlands, je conclus qu'il ne fournit aucune preuve de la probabilité d'un écart de plus de 1°C et aucune preuve de l'importance que l'écart possible a eu ou aurait pu avoir sur les résultats du test. A cet égard, il importe de souligner qu'il ne s'agit pas d'un cas limite concernant l'excès d'alcool dans le sang au-delà du maximum permis de 80 milligrammes. Le résultat des deux analyses d'haleine est 150 milligrammes, c'est-à-dire 87 pour cent de plus. Rien dans la preuve n'indique qu'il ait pu exister entre la température de la pièce et celle de la solution type d'alcool un écart tel qu'il ait pu fausser le test de vérification au point de dissimuler un mauvais fonctionnement de cette importance.

Je suis donc d'avis que le témoignage de M. Newlands ne constitue pas une preuve contraire au sens de l'al. 237(1)c) du *Code criminel*. La simple possibilité d'une inexactitude n'est d'aucun secours à l'accusé. Ce qui est nécessaire pour constituer une preuve contraire est une preuve qui tend à démontrer une inexactitude de l'éthylomètre, ou de son fonctionnement à cette occasion, d'un degré et d'une nature tels qu'elle pourrait modifier le résultat des analyses au point de rendre douteux que la concentration d'alcool dans le sang du prévenu ait été supérieure au maximum permis. Il n'y a pas de preuve semblable en l'espèce devant la Cour. Le témoignage de M. Newlands ne le démontre pas. Il ne fournit la preuve que d'une possibilité d'inexactitude dans le test de vérification, sans aucune indication de l'étendue de cette inexactitude en l'espèce ou de l'effet possible ou probable de cette inexactitude sur les résultats de l'analyse d'haleine. Le certificat demeure donc non contredit.

A l'audition devant la Cour, l'avocat de l'appelante a fait mention de la décision non publiée de la Cour provinciale de Terre-Neuve dans l'affaire

case, where reference was made to scientific literature and experiments designed to show the extent of the influence of differences between room air temperature and standard alcohol solution temperature in performing a check test on a Borkenstein Breathalyzer; the variation was not significant amounting only to a few milligrams. I do not find it necessary to consider whether this being a matter of science, judicial notice could be taken of those facts. It does not appear to me that there is any need in the instant case to go into that question.

In my view in order to conclude that there was no evidence before the Magistrate to rebut the certificate, it is enough to note that the only evidence was merely of a possibility of a temperature difference without any indication that this could have affected the results to a significant extent. While it is for the trier of fact to weigh the evidence, the question whether there is any evidence is a question of law and an acquittal based on doubt resting on a conjectural possibility will be set aside: *Wild v. The Queen*⁶.

Seeing that all the facts required for the conviction are established by the evidence, there is no need for a new trial, and the proper order is to enter a verdict of guilty as was done by the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Fotti*⁷, (affirmed by this Court, February 7, 1980⁸).

Concerning the sentence, it appears to me that the proper order in the circumstances would be to return the case to the first court of appeal, that is, the District Court of Newfoundland, in order that, after hearing the parties, it may pass sentence and also adjudicate on costs at trial and in that Court. I would not award costs on the second appeal, however, I must point out that Morgan J.A. was in error in holding that, by virtue of subs. 610(3) of the *Criminal Code*, no costs would be allowed in that Court. These being summary conviction proceedings, the appeal to that Court was governed by s. 771 of the *Criminal Code*, subs. (2) and (3) of which provide:

R. v. Furey, où on a cité de la documentation scientifique et des expériences pour démontrer l'étendue de l'influence de l'écart entre la température de la pièce et celle de la solution type d'alcool sur un test de vérification d'un Breathalyzer Borkenstein; la différence n'était pas importante, quelques milligrammes seulement. Je m'abstiens d'examiner si l'on pourrait prendre connaissance d'office de ces faits parce qu'il s'agit d'une question scientifique. C'est qu'en l'espèce cela ne me paraît aucunement nécessaire.

A mon avis, pour conclure qu'il n'y avait aucune preuve devant le magistrat pour réfuter le certificat, il suffit de constater que la seule preuve consistait en la possibilité d'un écart de température, sans aucune indication que cela aurait pu modifier les résultats d'une façon notable. Bien qu'il appartienne au juge des faits de peser la preuve, la question de savoir s'il y a preuve est une question de droit et un acquittement fondé sur un doute découlant d'une possibilité conjecturale sera infirmé: *Wild c. La Reine*⁶.

Puisque tous les faits requis pour la déclaration de culpabilité sont établis par la preuve, un nouveau procès n'est pas nécessaire et la conclusion appropriée est de prononcer un verdict de culpabilité comme l'a fait la Cour d'appel du Manitoba dans *R. v. Fotti*⁷, (confirmé par cette Cour, le 7 février 1980⁸).

Pour ce qui est de la sentence, la conclusion appropriée me paraît être de renvoyer l'affaire à la première cour d'appel, soit la Cour de district de Terre-Neuve qui, après avoir entendu les parties, procédera à l'imposition de la sentence et à l'adjudication des dépens en première instance et en appel devant elle. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens sur le deuxième appel. Cependant, je dois faire remarquer que le juge Morgan a commis une erreur en statuant qu'en vertu du par. 610(3) du *Code criminel* il ne pouvait y avoir d'adjudication de dépens devant cette cour-là. S'agissant de procédures en déclaration sommaire de culpabilité, l'appel à cette cour-là était régi par les par. 771(2) et (3) du *Code criminel*, dont voici le texte:

⁶ [1971] S.C.R. 101.

⁷ [1979] 1 W.W.R. 652.

⁸ [1980] 1 S.C.R. 589.

⁶ [1971] R.C.S. 101.

⁷ [1979] 1 W.W.R. 652.

⁸ [1980] 1 S.C.R. 589.

(2) Sections 601 to 616 apply *mutatis mutandis* to an appeal under this section.

(3) Notwithstanding subsection (2), the court of appeal may make any order with respect to costs that it considers proper in relation to an appeal under this section.

In *R. v. Ouellette*⁹ it was held that, as a result of these provisions, costs could be awarded against the Crown.

I would allow the appeal, set aside the judgments of the courts below, enter a verdict of guilty and direct that the case be referred to the District Court of Newfoundland for the imposition of sentence and the adjudication of costs at trial and on appeal to that Court. I would make no order as to the costs in the Court of Appeal of Newfoundland but, in accordance with the terms on which leave to appeal was granted, the appellant will pay respondent's costs in this Court.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Newfoundland, St. John's, Newfoundland.

Solicitor for the respondent: Eric C. Facey, Gander, Newfoundland.

⁹ [1980] 1 S.C.R. 568.

(2) Les articles 601 à 616 s'appliquent, *mutatis mutandis*, à un appel prévu par le présent article.

(3) Nonobstant le paragraphe (2), la cour d'appel peut rendre toute ordonnance, quant aux frais, qu'elle estime appropriée relativement à un appel prévu par le présent article.

Dans *R. c. Ouellette*⁹ la Cour a jugé qu'en conséquence de ces dispositions, des dépens peuvent être adjugés contre le ministère public.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmes les jugements des cours d'instance inférieure, de prononcer un verdict de culpabilité et d'ordonner que l'affaire soit renvoyée à la Cour de district de Terre-Neuve pour l'imposition de la sentence et l'adjudication des dépens en première instance et en appel devant elle. Il n'y aura aucune adjudication de dépens en Cour d'appel de Terre-Neuve, mais, suivant la condition de l'autorisation, l'appelante doit payer les dépens de l'intimé en cette Cour.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de Terre-Neuve, Saint-Jean, Terre-Neuve.

Procureur de l'intimé: Eric C. Facey, Gander, Terre-Neuve.

⁹ [1980] 1 S.C.R. 568.

Dale Perry *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1980: June 11.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Driving with more than 80 mgs of alcohol in blood — Breathalyzer — Meaning of “with an interval of at least fifteen minutes between the time when the samples were taken” — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, as am. by 1974-75-76 (Can.), c. 93, ss. 236, 237(1)(c)(ii).

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of British Columbia¹ dismissing an appeal from a judgment of Bouck J. of the Supreme Court setting aside by way of stated case an acquittal of the appellant on a charge under s. 236 of the *Criminal Code*. Appeal dismissed.

Arthur Ellis Vertlieb and *D. G. Jones*, for the appellant.

Jessie M. MacNeil, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

MARTLAND J.—We are all in agreement with the reasons for judgment delivered by Taggart J.A., in the Court of Appeal. The appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Twining, Vertlieb & Company, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Regional Crown Counsel, Vancouver.

¹ (1978), 41 C.C.C. (2d) 182, 6 B.C.L.R. 209.

Dale Perry *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1980: 11 juin.

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

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

Droit criminel — Conduite avec plus de 80 mg d'alcool dans le sang — Alcootest — Sens de «le second l'ayant été au moins quinze minutes après le premier» échantillon — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, mod. par 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 236, 237(1)(c)(ii).

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹, qui a rejeté un appel du jugement du juge Bouck de la Cour suprême qui avait infirmé par voie d'exposé de cause l'acquittement de l'appelant sur une accusation portée en vertu de l'art. 236 du *Code criminel*. Pourvoi rejeté.

Arthur Ellis Vertlieb et *D. G. Jones*, pour l'appelant.

Jessie M. MacNeil, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE MARTLAND—Nous sommes tous d'accord avec les motifs de jugement exposés par le juge Taggart en Cour d'appel. Le pourvoi est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Twining, Vertlieb & Company, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le substitut du procureur général régional, Vancouver.

¹ (1978), 41 C.C.C. (2d) 182, 6 B.C.L.R. 209.

Julius Kane Appellant;

and

Board of Governors of the University of British Columbia Respondent.

1979: October 25, 26; 1980: March 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Colleges and universities — University president ordering suspension of faculty member — Appeal to Board of Governors — Appellant's withdrawal following conclusion of hearing by Board — Further facts given to Board by president in absence of appellant — Breach of natural justice — Failure to observe rule expressed in maxim audi alteram partem.

Two deans of faculties at the University of British Columbia recommended that the appointment of the appellant (K), a professor at the University, be terminated for cause, the chief complaint being that he had made improper use of the university computer facilities for personal purposes. Following a meeting called by the President of the University, at which K and his counsel were present, the deans recommended that, instead of terminating K's appointment, he should be suspended without salary for three months, and be required to make financial restitution to the University. The deans were influenced by the argument that the irregular procedures followed by K were the result of a misunderstanding rather than a deliberate attempt to deceive, and that administrative officers of the University may have been lax in discharging their duties to such a degree as to mislead K as to the proper procedures to be followed.

The President of the University acted according to the deans' recommendation. He suspended K for three months, without salary, pursuant to s. 58(1) of the *Universities Act*, 1974 (B.C.), c. 100, and directed him to provide a full accounting and restitution of all sums due the University.

K appealed to the Board of Governors of the University, pursuant to s. 58(3). K did not question the fact that he had used the university computer for his own purposes, but felt that he should not be suspended for doing so. The President attended the meeting as a member of the Board. Section 61 of the *Universities Act* provides

Julius Kane Appellant;

et

Le conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique Intimé.

1979: 25, 26 octobre; 1980: 3 mars.

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

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

Collèges et universités — Président de l'université ordonnant la suspension d'un professeur — Appel au conseil d'administration — Départ de l'appellant après la conclusion de l'audition du conseil — Faits additionnels fournis au conseil par le président en l'absence de l'appellant — Violation de la justice naturelle — Inobservation de la règle exprimée dans la maxime audi alteram partem.

Deux doyens de faculté de l'Université de la Colombie-Britannique ont recommandé qu'il soit mis fin à l'emploi de l'appellant (K), un professeur à l'Université, avec motifs à l'appui savoir, principalement, qu'il avait irrégulièrement utilisé les services d'informatique de l'Université à des fins personnelles. Suite à une réunion convoquée par le président de l'Université, à laquelle assistaient K et son avocat, les doyens ont recommandé qu'il ne soit pas mis fin à l'emploi de K, mais que ce dernier soit plutôt suspendu sans traitement pendant trois mois et qu'il soit tenu de rembourser l'Université. Les doyens ont été influencés par l'argument que les méthodes irrégulières suivies par K découlaient d'un malentendu plutôt que d'une tentative délibérée de frauder et que des agents d'administration de l'Université ont pu faire preuve de négligence dans l'exécution de leurs fonctions au point d'induire K en erreur quant aux méthodes à suivre.

Le président de l'Université a suivi la recommandation des doyens. Il a suspendu K pour trois mois, sans traitement, conformément au par. 58(1) de la *Universities Act*, 1974 (C.-B.), chap. 100 et lui a ordonné de rendre compte de toutes les sommes dues à l'Université et de les rembourser.

K a interjeté appel devant le conseil d'administration de l'Université conformément au par. 58(3). K n'a pas contesté le fait qu'il avait utilisé l'ordinateur de l'Université à des fins personnelles, mais selon lui, cela ne justifierait pas sa suspension. Le président assistait à l'assemblée à titre de membre du conseil. L'article 61 de

that the President is a member of the Board "and shall attend its regular meetings."

K and his counsel were heard by the Board. K answered questions directed to him by members of the Board. During the hearing, the President of the University responded to questions directed to him by Board members, but did not ask questions of K or his counsel.

At the conclusion of the hearing, the chairman requested K and his counsel to leave so that the Board might deliberate. Following an adjournment for dinner, the Board deliberated, the University President being present throughout. The President did not participate in the discussions. Nor did he vote upon the resolution. He did, however, answer questions directed to him by Board members. The Board approved the three-month suspension of K, without salary, and the order for a full accounting and restitution of all sums due to the University for the use of the computer for private and commercial affairs.

K petitioned the Supreme Court of British Columbia for an order that the Board resolution be quashed, pursuant to the *Judicial Review Procedure Act*, 1976 (B.C.), c. 25. The petition was dismissed. A majority of the British Columbia Court of Appeal dismissed an appeal from the trial judgment. K appealed from the judgment of the Court of Appeal to this Court.

Held (Ritchie J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Martland, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey and McIntyre JJ.: The submission which was based upon the fact that the President testified or gave evidence during the postprandial session in the absence of K and that this amounted to a breach of the principles of natural justice and a failure to observe the rule expressed in the maxim *audi alteram partem* was accepted. Applying the following principles, the appeal must be allowed.

1. It is the duty of the courts to attribute a large measure of autonomy of decision to a tribunal, such as a Board of Governors of a University, sitting in appeal, pursuant to legislative mandate.

2. As a constituent of the autonomy it enjoys, the tribunal must observe natural justice. To abrogate the rules of natural justice, express language or necessary implication must be found in the statutory instrument.

3. A high standard of justice is required when the right to continue in one's profession or employment is at stake. A disciplinary suspension can have grave and permanent consequences upon a professional career.

la *Universities Act* prévoit que le président est membre du conseil «et assiste aux réunions ordinaires».

Le conseil a entendu K et son avocat. K a répondu aux questions que lui ont posées les membres du conseil. Au cours de l'audience, le président de l'Université a répondu aux questions que lui ont posées les membres du conseil mais n'a interrogé ni K ni son avocat.

A la fin de l'audience, le président du conseil a demandé à K et à son avocat de se retirer afin que le conseil puisse délibérer. Après avoir ajourné pour le dîner, le conseil s'est de nouveau réuni, toujours en présence du président de l'Université. Ce dernier n'a pas participé aux discussions ni pris part au vote de la résolution. Il a toutefois répondu aux questions que lui ont posées les membres du conseil. Le conseil a entériné la suspension de trois mois sans traitement et l'ordre de rendre compte et de rembourser toutes les sommes dues à l'Université pour avoir utilisé l'ordinateur à des fins personnelles et commerciales.

K a présenté une requête en annulation de la résolution du conseil devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, conformément à la *Judicial Review Procedure Act*, 1976 (C.-B.), chap. 25. La requête a été rejetée. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité a rejeté l'appel interjeté du jugement de première instance. K se pourvoit devant cette Cour du jugement de la Cour d'appel.

Arrêt (le juge Ritchie est dissident): Le pourvoi est accueilli.

Les juges Martland, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey et McIntyre: Est acceptée l'allégation fondée sur le fait que le président aurait témoigné au cours de la séance tenue après le repas en l'absence de K et que cela équivalait à une violation des principes de justice naturelle et à l'inobservation de la règle exprimée dans la maxime *audi alteram partem*. Appliquant les principes suivants, le pourvoi doit être accueilli.

1. Il incombe aux cours de justice d'attribuer à un tribunal, tel le conseil d'administration d'une université auquel la loi donne mandat de siéger en appel, une large mesure d'autonomie de décision.

2. En tant qu'élément constitutif de l'autonomie dont il jouit, le tribunal doit respecter la justice naturelle. Les règles de justice naturelle ne peuvent être abrogées que par un texte de loi exprès ou nettement implicite en ce sens.

3. Une justice de haute qualité est exigée lorsque le droit d'une personne d'exercer sa profession ou de garder son emploi est en jeu. Une suspension de nature disciplinaire peut avoir des conséquences graves et permanentes sur une carrière.

4. The tribunal must listen fairly to both sides giving the parties to the controversy a fair opportunity for correcting or contradicting any relevant statement prejudicial to their views.

5. Unless expressly or by necessary implication empowered to act *ex parte*, an appellate authority must not hold private interviews with witnesses or, *a fortiori*, hear evidence in the absence of a party whose conduct is impugned and under scrutiny.

6. The Court will not inquire whether the evidence did work to the prejudice of one of the parties; it is sufficient if it might have done so.

The Board was under an obligation to postpone further consideration of the matter until such time as K might be present and hear the additional facts adduced; at the very least the Board should have made K aware of those facts and afforded him a real and effective opportunity to correct or meet any adverse statement made. In the event, the Board followed neither course. The Board heard the further facts, deliberated, and ruled against K. In doing so, it made a fundamental error. The danger against which the Courts must be on guard is the possibility that further information could have been put before the Board for its consideration which affected the disposition of the appeal.

Per Ritchie J., dissenting: K knew from the outset exactly what it was that he was charged with, and he had an opportunity to present his case and to examine the witnesses against him. It could not be suggested that the President decided to wait until K was absent before providing the members of the Board with facts prejudicial to K, what the allegations really were and the reasons why the penalty was reduced from termination to suspension. If this had been the case there would indeed have been a grave breach of good faith on the part of the President and other Board members and a denial to the appellant of the fundamental right to be heard in his own defence in breach of the elementary principles of natural justice.

The statement contained in a letter from a member of the Board to the counsel for the University to the effect that the President provided the Board with necessary facts without in any way discussing the merits of the appeal, was too slender a thread upon which to support an accusation of such gravity against men of presumed integrity acting under a statutory authority.

[*Local Government Board v. Arlidge*, [1915] A.C. 120; *Ridge v. Baldwin*, [1962] 1 All E.R. 834; *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109; *Abbott v. Sullivan*, [1952] 1 K.B. 189; *Board of Education v. Rice*, [1911] A.C. 179; *Kanda v. Government of the*

4. Le tribunal doit entendre équitablement les deux parties au litige afin de leur donner la possibilité de rectifier ou de contredire toute déclaration pertinente préjudiciable à leurs points de vue.

5. A moins d'être autorisée à agir *ex parte* de façon expresse ou nettement implicite, une juridiction d'appel ne doit pas avoir d'entretiens privés avec les témoins ou, *a fortiori*, entendre des témoignages en l'absence de la partie dont la conduite contestée fait l'objet de l'examen.

6. La Cour ne cherchera pas à savoir si la preuve a de fait joué au détriment de l'une des parties; il suffit que cette possibilité existe.

Le conseil était tenu d'ajourner l'examen ultérieur de la question jusqu'à ce que K puisse être présent afin d'entendre les faits additionnels; le conseil aurait dû, à tout le moins, lui faire part de ces faits et lui donner une possibilité réelle et valable de rectifier ou de réfuter toute déclaration défavorable. En l'espèce, le conseil n'a fait ni l'un ni l'autre. Le conseil a entendu les faits additionnels, il a délibéré et tranché la question à l'encontre de K. Ce faisant, il a commis une erreur fondamentale. Le danger dont les cours doivent se méfier est la possibilité que le conseil ait pu être saisi d'autres renseignements à même d'influer sur l'issue de l'appel.

Le juge Ritchie, dissident: Dès le début, K connaissait exactement l'accusation portée contre lui et il a eu la possibilité de se défendre et d'interroger les témoins à charge. On ne peut laisser entendre que le président a décidé d'attendre que K soit absent pour fournir aux membres du conseil des faits préjudiciables à ce dernier, la nature véritable des allégations et les motifs à l'origine de la décision de réduire la sanction de renvoi à suspension. S'il en avait été ainsi, le président et les autres membres du conseil auraient effectivement gravement fait fi de la bonne foi et du droit fondamental de l'appelant d'être entendu pour faire valoir sa défense, le tout contrairement aux principes élémentaires de justice naturelle.

La déclaration dans la lettre d'un membre du conseil de l'Université selon laquelle le président a fourni au conseil les faits nécessaires sans discuter de quelque façon du bien-fondé de l'appel est un moyen beaucoup trop ténu pour étayer une accusation aussi sérieuse contre des hommes dont on présume l'intégrité et qui agissent en vertu d'un pouvoir conféré par la loi.

[Jurisprudence: *Local Government Board v. Arlidge*, [1915] A.C. 120; *Ridge v. Baldwin*, [1962] 1 All E.R. 834; *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109; *Abbott v. Sullivan*, [1952] 1 K.B. 189; *Board of Education v. Rice*, [1911] A.C. 179; *Kanda v. Government of*

Federation of Malaya, [1962] A.C. 322; *Errington v. Ministry of Health*, [1935] 1 K.B. 249; *Re Brook and Delcomyn* (1864), 16 C.B.R. (N.S.) 403; *Re an Arbitration between Gregson and Armstrong* (1894), 70 L.T. 106; *R. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner, Ex p. Jones*, [1962] 2 Q.B. 677; *Pfizer Co. Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise*, [1977] 1 S.C.R. 456; *Jefferies v. New Zealand Dairy Production and Marketing Bd.*, [1967] 1 A.C. 551; *R. v. Architects' Registration Tribunal, Ex p. Jaggar* (1945), 61 T.L.R. 445, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia¹, dismissing an appeal from the dismissal of a petition under the *Judicial Review Procedure Act*, 1976 (B.C.), c. 25. Appeal allowed, Ritchie J. dissenting.

David Roberts, for the appellant.

G. S. Cumming, Q.C., and *M. A. Cummings*, for the respondent.

The judgment of Martland, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey and McIntyre JJ. was delivered by

DICKSON J.—Julius Kane holds tenured appointment as a professor at the University of British Columbia. On February 21, 1977, the Dean of the Faculty of Graduate Studies and the Dean of the Faculty of Science recommended that Dr. Kane's appointment be terminated for cause. It was alleged he had made improper use of University computer facilities for personal purposes. It was further alleged that he had improperly used his National Research Council grant to support private work and to purchase hardware items not related to the purposes of the grant.

Following a meeting called by the President of the University, Dr. Douglas T. Kenny, at which Dr. Kane and his counsel were present, the Deans recommended that, instead of terminating Dr. Kane's appointment, he should be suspended without salary for three months, and be required to make financial restitution to the University. The Deans were influenced by the argument that the irregular procedures followed by Dr. Kane were

¹ (1979), 11 B.C.L.R. 318.

the Federation of Malaya, [1962] A.C. 322; *Errington v. Ministry of Health*, [1935] 1 K.B. 249; *Re Brook and Delcomyn* (1864), 16 C.B.R. (N.S.) 403; *Re an Arbitration between Gregson and Armstrong* (1894), 70 L.T. 106; *R. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner, Ex p. Jones*, [1962] 2 Q.B. 677; *Pfizer Co. Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise*, [1977] 1 R.C.S. 456; *Jefferies v. New Zealand Dairy Production and Marketing Bd.*, [1967] 1 A.C. 551; *R. v. Architects' Registration Tribunal, Ex p. Jaggar* (1945), 61 T.L.R. 445.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹, qui a rejeté un appel interjeté du rejet d'une requête en vertu de la *Judicial Review Procedure Act*, 1976 (B.C.), chap. 25. Pourvoi accueilli, le juge Ritchie étant dissident.

David Roberts, pour l'appelant.

G. S. Cumming, c.r., et *M. A. Cummings*, pour l'intimé.

Version française du jugement des juges Martland, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey et McIntyre rendu par

LE JUGE DICKSON—Julius Kane est professeur permanent à l'Université de la Colombie-Britannique. Le 21 février 1977, le doyen de la Faculté des Études supérieures et le doyen de la Faculté des Sciences recommandaient avec motifs à l'appui qu'il soit mis fin à l'emploi de M. Kane. Ce dernier aurait d'une part irrégulièrement utilisé les services d'informatique de l'Université à des fins personnelles. Il aurait d'autre part fait un usage irrégulier de la subvention que lui avait accordée le Conseil national de recherches en l'affectant à des travaux personnels et en achetant du matériel, le tout contrairement aux fins de la subvention.

Suite à une réunion convoquée par le président de l'Université, M. Douglas T. Kenny, à laquelle assistaient M. Kane et son avocat, les doyens ont recommandé qu'il ne soit pas mis fin à l'emploi de M. Kane, mais que ce dernier soit plutôt suspendu sans traitement pendant trois mois et qu'il soit tenu de rembourser l'Université. Les doyens ont été influencés par l'argument que les méthodes irrégulières suivies par M. Kane découlaient d'un

¹ (1979), 11 B.C.L.R. 318.

the result of a misunderstanding rather than a deliberate attempt to deceive, and that administrative officers of the University may have been lax in discharging their duties to such a degree as to mislead Dr. Kane as to the proper procedures to be followed.

The President of the University acted according to the Deans' recommendation. He suspended Dr. Kane for three months, without salary, pursuant to s. 58(1) of the *Universities Act*, 1974 (B.C.), c. 100, and directed him to provide a full accounting and restitution of all sums due the University. Section 58 of the Act reads:

58. (1) The president has power to suspend any member of the teaching and administrative staffs and any officer or employee of the university.

(2) Upon the exercise of the power, he shall forthwith report his action to the board with a statement of his reasons.

(3) A person who is suspended under this section has a right of appeal to the board.

Dr. Kane appealed to the Board of Governors of the University, pursuant to s. 58(3). The appeal came before a regular meeting of the Board of Governors. Dr. Kane did not question the fact that he had used the university computer for his own purposes, but felt that he should not be suspended for doing so. The President attended the meeting as a member of the Board. Section 61 of the *Universities Act* provides that the President is a member of the Board "and shall attend its regular meetings."

Dr. Kane and his counsel were heard by the Board. Dr. Kane answered questions directed to him by members of the Board. During the hearing, the President of the University responded to questions directed to him by Board members, but did not ask questions of Dr. Kane or his counsel.

At the conclusion of the hearing, the Chairman requested Dr. Kane and his counsel to leave so that the Board might deliberate. Following an adjournment for dinner, the Board deliberated, the University President being present throughout. According to the findings of the Chambers judge,

malentendu plutôt que d'une tentative délibérée de frauder et que des agents d'administration de l'Université ont pu faire preuve de négligence dans l'exécution de leurs fonctions au point d'induire M. Kane en erreur quant aux méthodes à suivre.

Le président de l'Université a suivi la recommandation des doyens. Il a suspendu M. Kane pour trois mois, sans traitement, conformément au par. 58(1) de la *Universities Act*, 1974 (C.-B.), chap. 100, et lui a ordonné de rendre compte de toutes les sommes dues à l'Université et de les rembourser. L'article 58 de la Loi précitée se lit comme suit:

[TRADUCTION] 58. (1) Le président a le pouvoir de suspendre tout membre du personnel enseignant et administratif et tout cadre ou employé de l'université.

(2) Lorsqu'il exerce ce pouvoir, il doit sans délai communiquer sa décision au conseil avec motifs à l'appui.

(3) La personne suspendue en vertu du présent article a un droit d'appel devant le conseil.

M. Kane a interjeté appel devant le conseil d'administration de l'Université conformément au par. 58(3). L'appel a été entendu au cours d'une réunion ordinaire du conseil d'administration. M. Kane n'a pas contesté le fait qu'il avait utilisé l'ordinateur de l'Université à des fins personnelles, mais selon lui, cela ne justifierait pas sa suspension. Le président assistait à l'assemblée à titre de membre du conseil. L'article 61 de la *Universities Act* prévoit que le président est membre du conseil [TRADUCTION] «et assiste aux réunions ordinaires».

Le conseil a entendu M. Kane et son avocat. M. Kane a répondu aux questions que lui ont posées les membres du conseil. Au cours de l'audience, le président de l'Université a répondu aux questions que lui ont posées les membres du conseil mais n'a interrogé ni M. Kane ni son avocat.

A la fin de l'audience, le président du conseil a demandé à M. Kane et à son avocat de se retirer afin que le conseil puisse délibérer. Après avoir ajourné pour le dîner, le conseil s'est de nouveau réuni, toujours en présence du président de l'Université. Selon les conclusions du juge en chambre,

“Dr. Kenny did not participate in the discussions. Nor did he vote upon the resolution. He did, however, answer questions directed to him by Board members.” The Board approved the three-month suspension of Dr. Kane, without salary, and the order for a full accounting and restitution of all sums due to the University for the use of the computer for private and commercial affairs.

Dr. Kane petitioned the Supreme Court of British Columbia for an order that the Board resolution be quashed, pursuant to the *Judicial Review Procedure Act*, 1976 (B.C.), c. 25.

The main thrust of the case advanced on behalf of Dr. Kane was that no man could be a judge in his own cause, and although no actual bias on the part of the President was alleged, his presence during the deliberations of the Board violated the principles of natural justice. The judge rejected this submission, being of opinion that the judgment of this Court in *Law Society of Upper Canada v. French*², determined the application. The judge considered that the President was in no sense an accuser or prosecutor, and the Legislature, in directing the President to attend regular Board meetings, had implicitly accepted the duplication which followed through the President making the decision to suspend and then sitting on the Board of Governors on appeal from that decision. Reference was also made by the judge to *King v. University of Saskatchewan*³, and to *Ringrose v. College of Physicians and Surgeons of Alberta*⁴.

A majority (McFarlane and Aikins, J.J.A., Lambert J.A. dissenting) of the British Columbia Court of Appeal agreed with the Chambers judge and dismissed an appeal brought to that Court by Dr. Kane. The Court rejected the argument based upon the dual position of the University President as originator of the suspension and member of the tribunal sitting in appeal. Rejected also was a second submission, apparently not advanced expressly in the Court of first instance, impugning the presence and conduct of the University Presi-

[TRADUCTION] «M. Kenny n'a pas participé aux discussions ni pris part au vote de la résolution. Il a toutefois répondu aux questions que lui ont posées les membres du conseil.» Le conseil a entériné la suspension de trois mois sans traitement et l'ordre de rendre compte et de rembourser toutes les sommes dues à l'Université pour avoir utilisé l'ordinateur à des fins personnelles et commerciales.

M. Kane a présenté une requête en annulation de la résolution du conseil, devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, conformément à la *Judicial Review Procedure Act*, 1976 (C.-B.), chap. 25.

Le principal argument invoqué au nom de M. Kane est que nul ne peut être juge dans sa propre cause et que, même si l'on n'allègue aucune partialité réelle de la part du président, sa présence pendant les délibérations du conseil contrevient aux principes de justice naturelle. Le juge a rejeté cet argument étant d'avis que l'arrêt de cette Cour, *Law Society of Upper Canada c. French*², règle la question. Selon lui, le président n'est en aucune façon un accusateur ou un poursuivant et le législateur, en obligeant le président à assister aux réunions ordinaires du conseil, a implicitement accepté le chevauchement qui découle de ce que le président prend la décision de suspendre et entend ensuite l'appel interjeté de cette décision à titre de membre du conseil d'administration. Le juge a également renvoyé aux arrêts *King c. Université de la Saskatchewan*³, et *Ringrose c. College of Physicians and Surgeons of Alberta*⁴.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité (les juges McFarlane et Aikins, le juge Lambert était dissident) a souscrit aux conclusions du juge en chambre et a rejeté l'appel interjeté par M. Kane. Elle a rejeté l'argument fondé sur le chevauchement des fonctions du président de l'Université en tant qu'auteur de la suspension et membre du tribunal siégeant en appel. Elle a également rejeté une seconde allévation qui n'a apparemment pas été expressément soutenue devant le tribunal de première instance, et qui

² [1975] 2 S.C.R. 767.

³ [1969] S.C.R. 678.

⁴ [1977] 1 S.C.R. 814.

² [1975] 2 R.C.S. 767.

³ [1969] R.C.S. 678.

⁴ [1977] 1 R.C.S. 814.

dent during the deliberations of the Board, after Dr. Kane and his counsel had withdrawn. This argument rested upon the fact that the President testified or gave evidence during the postprandial session in the absence of Dr. Kane. It is contended that this amounted to a breach of the principles of natural justice and a failure to observe the rule expressed in the maxim *audi alteram partem*. It is to that argument that I now turn because, in my view, it is one to which the University can give no compelling answer. If this ground of appeal succeeds, as I think it must, it is unnecessary to address the argument resting upon the dual role of the President, the maxim *nemo iudex in causa sua*, and the ramifications of the *King, French* and *Ringrose* decisions.

The evidence as to what occurred following the dinner adjournment is scant. Paragraph 7 of Dr. Kane's petition reads:

7. During the consideration by the Board of Governors of the said appeal leading to the said Resolution, the President, Douglas T. Kenny, was present and took part in the consideration and the discussion of the merits of the said appeal.

Dr. Kane's affidavit in support of his petition reads in part:

6. I am informed by the said Roberts [David Roberts, counsel for Doctor Kane] and verily believe that he was informed by a member of the Board of Governors, Mr. George Morfitt, that following the hearing of my appeal pursuant to Section 58 of the Universities Act and when the Board of Governors was considering my appeal following the hearing, the President of the University of British Columbia, Douglas T. Kenny, from whose decision the said appeal was brought, was present and took part in the discussion leading to the said Resolution.

An affidavit was filed in which Mr. Morfitt, a member of the Board of Governors, swore that during the meeting after dinner President Kenny did not participate in the discussions with regard to the petitioner. In clarification of Mr. Morfitt's affidavit, Mr. George S. Cumming, counsel for the University, wrote to counsel for Dr. Kane as follows:

I refer you to our telephone conversation of December 14th in which you sought some clarification of the affidavit sworn by Mr. George Morfitt.

attaquait la présence et la conduite du président de l'Université au cours des délibérations du conseil, après que M. Kane et son avocat se sont retirés. Cet argument était fondé sur le fait que le président aurait témoigné au cours de la séance tenue après le repas en l'absence de M. Kane. On allègue que cela équivaut à une violation des principes de justice naturelle et à l'inobservation de la règle exprimée dans la maxime *audi alteram partem*. Je vais étudier cet argument dès maintenant car, à mon avis, il s'agit d'un argument auquel l'Université ne peut répondre de façon irrésistible. Si ce moyen d'appel est recevable, comme je pense qu'il l'est, il sera inutile d'examiner l'argument fondé sur le double rôle du président, la maxime *nemo iudex in causa sua* et les ramifications des arrêts *King, French* et *Ringrose*.

La preuve de ce qui s'est produit après l'ajournement pour le dîner est mince. Le paragraphe 7 de la requête de M. Kane se lit comme suit:

[TRADUCTION] 7. Le président, Douglas T. Kenny, était présent pendant que le conseil d'administration examinait l'appel qui a abouti à la résolution et il a participé à l'examen et à la discussion du bien-fondé de l'appel.

L'affidavit de M. Kane à l'appui de sa requête se lit en partie comme suit:

[TRADUCTION] 6. Je tiens mes renseignements de Roberts [M^e David Roberts, avocat de M. Kane] et j'ai la ferme conviction qu'un membre du conseil d'administration, M. George Morfitt, l'a informé qu'à la fin de l'audition de mon appel interjeté en vertu de l'art. 58 de la *Universities Act* et durant l'examen de celui-ci par le conseil d'administration, le président de l'Université de la Colombie-Britannique, Douglas T. Kenny, dont la décision faisait l'objet de l'appel en question, était présent et a participé à la discussion qui a abouti à l'adoption de la résolution.

M. Morfitt, un membre du conseil d'administration, a déposé un affidavit dans lequel il atteste que durant la réunion qui a suivi le dîner, le président Kenny n'a pas participé aux discussions concernant le requérant. Afin d'éclaircir l'affidavit de M. Morfitt, M^e George S. Cumming, l'avocat de l'Université, a écrit à l'avocat de M. Kane en ces termes:

[TRADUCTION] La présente fait suite à notre conversation téléphonique du 14 décembre où vous m'avez demandé des éclaircissements sur l'affidavit de M. George Morfitt.

Mr. Morfitt has advised me as follows:

"I note that Item 7 on page 2 of the Petition Facts states that President Kenny 'was present and took part in the consideration and discussion of the minutes [should read "merits"] of the said appeal'. While the President did provide the Board with the necessary facts relating to the Kane suspension it can be asserted that the President was at all times most careful not to take part in the consideration and the discussion of the merits of the appeal. A similar comment could be made in respect of the statement made in Item 6 of the Affidavit."

I think it would be appropriate if this were filed with the Court on the hearing of the Petition. We can thereby avoid the necessity of any cross-examination upon affidavits.

The critical words are "... the President did provide the Board with the necessary facts relating to the Kane suspension ...". There was no cross-examination upon affidavits. The clarification which the letter sought to achieve is less than entire but this much is clear: the Board was furnished with "the necessary facts" relating to the suspension, in the absence of Dr. Kane and his counsel. In those circumstances, I do not see how the resolution of the Board can stand.

The following propositions, in my view, govern the outcome of this appeal:

1. It is the duty of the courts to attribute a large measure of autonomy of decision to a tribunal, such as a Board of Governors of a University, sitting in appeal, pursuant to legislative mandate. The Board need not assume the trappings of a court. There is no *lis inter partes*, no prosecutor and no accused. The Board is free, within reason, to determine its own procedures, which will vary with the nature of the inquiry and the circumstances of the case. Members of the Board are drawn from all constituencies of the community. They normally serve without remuneration in the discharge of what is frequently an arduous and thankless form of public service. Few, if any, of the members of the Board will be legally trained. It would be wrong, therefore, to ask of them, in the discharge of their quasi-judicial duties, the high standard of technical performance which one may properly expect of a court. They are not fettered by the strict evidential and other rules applicable to proceedings before courts of law. It is sufficient

M. Morfitt m'a fait part de ce qui suit:

«Je remarque que le point 7 à la page 2 de la requête indique que le président Kenny «était présent et a participé à l'examen et à la discussion du bien-fondé de l'appel». Même si le président a effectivement fourni au conseil les faits nécessaires relativement à la suspension de M. Kane, on peut affirmer qu'il a toujours pris grand soin de ne pas participer à l'examen ni à la discussion du bien-fondé de l'appel. On peut faire un commentaire semblable en ce qui concerne la déclaration faite au point 6 de l'affidavit.»

Je pense qu'il serait opportun de déposer la présente au dossier de la Cour au moment de l'audition de la requête. Nous éviterions ainsi la nécessité de contre-interroger sur les affidavits.

Les mots cruciaux sont: «... le président a effectivement fourni au conseil les faits nécessaires relativement à la suspension de M. Kane ...». Il n'y a pas eu de contre-interrogatoire sur les affidavits. L'éclaircissement que visait la lettre est moins que complet, mais une chose est claire: le conseil a été informé «des faits nécessaires» relativement à la suspension en l'absence de M. Kane et de son avocat. Vu ces circonstances, je ne vois pas comment la résolution du conseil peut être maintenue.

L'issue du présent pourvoi repose, à mon avis, sur les propositions suivantes:

1. Il incombe aux cours de justice d'attribuer à un tribunal, tel le conseil d'administration d'une université auquel la loi donne mandat de siéger en appel, une large mesure d'autonomie de décision. Le conseil n'a pas à faire siens les rites d'une cour de justice. Il n'y a pas de litige entre des parties et pas de poursuivant ni d'accusé. Il lui est permis, dans des limites raisonnables, d'établir ses propres règles de procédure qui varieront suivant la nature de l'enquête et les circonstances de l'affaire. Les membres du conseil sont choisis dans tous les secteurs de la collectivité. Ils ne sont habituellement pas rémunérés pour s'acquitter de ce qui est souvent une forme ardue et ingrate de service public. Peu de membres ont une formation juridique, parfois aucun. Par conséquent, il serait injuste de leur demander d'avoir, dans l'exécution de leurs fonctions quasi judiciaires, la haute tenue en matière de procédure que l'on est en droit d'attendre d'une cour. Ils ne sont pas liés par les règles de preuve strictes et les autres règles applicables aux

that the case has been heard in a judicial spirit and in accordance with the principles of substantial justice: per Lord Parmoor in *Local Government Board v. Arlidge*⁵, at p. 140. Let me make it clear that in this appeal nothing has been said which in any way impugns the integrity or *bona fides* of any member of the Board of Governors of the University of British Columbia.

2. As a constituent of the autonomy it enjoys, the tribunal must observe natural justice which, as Harman L.J. said, [*Ridge v. Baldwin*⁶, at p. 850] is only "fair play in action". In any particular case, the requirements of natural justice will depend on "the circumstances of the case, the nature of the inquiry, the rules under which the tribunal is acting, the subject-matter which is being dealt with, and so forth": per Tucker L.J. in *Russell v. Duke of Norfolk*⁷, at p. 118. To abrogate the rules of natural justice, express language or necessary implication must be found in the statutory instrument.

3. A high standard of justice is required when the right to continue in one's profession or employment is at stake. *Abbott v. Sullivan*⁸, at p. 198; *Russell v. Duke of Norfolk*, *supra*, at p. 119. A disciplinary suspension can have grave and permanent consequences upon a professional career.

4. The tribunal must listen fairly to both sides, giving the parties to the controversy a fair opportunity "for correcting or contradicting any relevant statement prejudicial to their views". *Board of Education v. Rice*⁹, at p. 182; *Local Government Board v. Arlidge*, *supra*, at pp. 133 and 141.

5. It is a cardinal principle of our law that, unless expressly or by necessary implication, empowered to act *ex parte*, an appellante authority must not hold private interviews with witnesses (de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (3rd. ed.) 179) or, *a fortiori*, hear evidence

procédures engagées devant une cour de justice. Il suffit que la cause soit entendue dans un esprit d'impartialité et conformément aux principes de justice fondamentale: lord Parmoor dans *Local Government Board v. Arlidge*⁵, à la p. 140. Je tiens à préciser que, dans ce pourvoi, rien de ce qui est dit n'attaque de quelque façon l'intégrité ou la bonne foi des membres du conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique.

2. En tant qu'élément constitutif de l'autonomie dont il jouit, le tribunal doit respecter la justice naturelle qui, comme l'a dit le lord juge Harman *Ridge v. Baldwin*⁶, à la p. 850, équivaut simplement [TRADUCTION] «à jouer franc jeu». Dans chaque cas, les exigences de la justice naturelle varient selon [TRADUCTION] «les circonstances de l'affaire, la nature de l'enquête, les règles qui régissent le tribunal, la question traitée, etc.»: le lord juge Tucker dans *Russell v. Duke of Norfolk*⁷, à la p. 118. Les règles de justice naturelle ne peuvent être abrogées que par un texte de loi exprès ou nettement implicite en ce sens.

3. Une justice de haute qualité est exigée lorsque le droit d'une personne d'exercer sa profession ou de garder son emploi est en jeu. *Abbott v. Sullivan*⁸, à la p. 198; *Russell v. Duke of Norfolk*, précité, à la p. 119. Une suspension de nature disciplinaire peut avoir des conséquences graves et permanentes sur une carrière.

4. Le tribunal doit entendre équitablement les deux parties au litige afin de leur donner la possibilité [TRADUCTION] «de rectifier ou de contredire toute déclaration pertinente préjudiciable à leurs points de vue». *Board of Education v. Rice*⁹, à la p. 182; *Local Government Board v. Arlidge*, précité, aux pp. 133 et 141.

5. C'est un principe fondamental de notre droit qu'à moins d'être autorisée à agir *ex parte* de façon expresse ou nettement implicite, une juridiction d'appel ne doit pas avoir d'entretiens privés avec les témoins (de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (3^e éd.) 179) ou, *a fortiori*,

⁵ [1915] A.C. 120.

⁶ [1962] 1 All E.R. 834 (C.A.).

⁷ [1949] 1 All E.R. 109.

⁸ [1952] 1 K.B. 189.

⁹ [1911] A.C. 179 (H.L.).

⁵ [1915] A.C. 120.

⁶ [1962] 1 All E.R. 834 (C.A.).

⁷ [1949] 1 All E.R. 109.

⁸ [1952] 1 K.B. 189.

⁹ [1911] A.C. 179 (Ch. L.).

in the absence of a party whose conduct is impugned and under scrutiny. Such party must, in the words of Lord Denning in *Kanda v. Government of the Federation of Malaya*¹⁰, at p. 337, "... know the case which is made against him. He must know what evidence has been given and what statements have been made affecting him: and then he must be given a fair opportunity to correct or contradict them. ... Whoever is to adjudicate must not hear evidence or receive representations from one side behind the back of the other." In *Errington v. Ministry of Health*¹¹, Greer L.J. held that a quasi-judicial officer must exercise powers in accordance with the rules of natural justice, and must not hear one side in the absence of the other:

If ... he takes into consideration evidence which might have been, but was not, given at the public inquiry, but was given *ex parte* without the owners having any opportunity whatsoever to deal with that evidence, then it seems to me that the confirming Order was not within the powers of the *Act*. (p. 268)

The principle was summarized in the headnote in these words:

If the Minister holds a private inquiry to which the owners are not invited or takes into consideration *ex parte* statements with which the owners have had no opportunity of dealing he is not acting in accordance with correct principle of justice

In the early case of *Re Brook and Delcomyn*¹², Erle C.J. came to the conclusion that the law had been violated when an arbitrator brought before the umpire evidence which had never been communicated to the other arbitrator and which, consequently, one of the parties never had an opportunity of meeting by contradictory evidence. Erle C.J. referred to this as "not a point of form" but a matter of substance, and "one of the last and deepest importance". A similar case is *Re an*

entendre des témoignages en l'absence de la partie dont la conduite contestée fait l'objet de l'examen. Cette partie doit, selon lord Denning dans *Kanda v. Government of the Federation of Malaya*¹⁰, à la p. 337 [TRADUCTION] « ... connaître la preuve réunie contre [elle]. [Cette dernière] doit être informé[e] des témoignages et des déclarations qui l'intéressent et avoir la possibilité de les rectifier ou de les contredire ... quiconque appelé à rendre une décision ne doit pas recueillir des témoignages ou entendre des arguments d'une partie dans le dos de l'autre.» Dans *Errington v. Ministry of Health*¹¹, le lord juge Greer a décidé qu'un fonctionnaire qui a des pouvoirs quasi judiciaires doit les exercer conformément aux règles de justice naturelle et ne doit pas entendre une partie en l'absence de l'autre:

[TRADUCTION] s'il ... tient compte de la preuve qui aurait pu être produite à l'enquête publique mais qui ne l'a pas été, mais qui, par contre, a été produite *ex parte* sans que les propriétaires aient eu la possibilité de la réfuter, alors j'estime que l'ordonnance de ratification était illégale. (p. 268).

Le principe est résumé dans le sommaire en ces termes:

[TRADUCTION] Si le Ministre procède à une enquête privée à laquelle les propriétaires ne sont pas invités à participer ou s'il tient compte de déclarations *ex parte* que les propriétaires n'ont pas eu la possibilité de réfuter, il n'agit pas conformément aux principes de justice reconnus

Dans une décision ancienne *Re Brook and Delcomyn*¹², le juge en chef Erle a conclu qu'il y avait violation des principes juridiques parce qu'un arbitre avait présenté au juge-arbitre des éléments de preuve qui n'avaient jamais été communiqués à l'autre arbitre et que, par conséquent, l'une des parties n'avait jamais eu la possibilité de réfuter par une preuve contradictoire. Selon le juge en chef Erle, il ne s'agit pas [TRADUCTION] «d'une question de forme» mais bien d'une question de

¹⁰ [1962] A.C. 322.

¹¹ [1935] 1 K.B. 249.

¹² (1864), 16 C.B.R. (N.S.) 403.

¹⁰ [1962] A.C. 322.

¹¹ [1935] 1 K.B. 249.

¹² (1864), 16 C.B.R. (N.S.) 403.

*Arbitration between Gregson and Armstrong*¹³, in which an award was set aside at the instance of a landlord when, all of the evidence on both sides having been heard, the arbitrators on a subsequent day, before making their award, held a meeting on the farm at which the outgoing tenant was present, but not the landlord. In a much later case, *R. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner, Ex p. Jones*¹⁴, the tribunal received evidence which was both fresh and highly prejudicial to the applicant's position. The case at bar cannot be put so strongly, but the principle to be applied is the same. Lord Parker C.J., in granting the order for *certiorari*, stated that a tribunal is not entitled to continue privately to obtain evidence between the end of a hearing and the reaching of decision "without notifying the parties thereafter of the advice or information received, so as to give the parties an opportunity of having a further hearing if need be, or, at any rate, commenting on the information and making their submissions thereon" (p. 686).

A recent decision of this Court which has relevance for this appeal is *Pfizer Company Limited v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise*¹⁵, in which Pigeon J., speaking for the Court, said at p. 463:

While the Board is authorized by statute to obtain information otherwise than under sanction of an oath or affirmation . . . this does not authorize it to depart from the rules of natural justice. It is clearly contrary to those rules to rely on information obtained after the hearing was completed without disclosing it to the parties and giving them an opportunity to meet it.

Pfizer is not a case in which a tribunal heard one party in the absence of the other. It establishes, however, the principle that each party to a hearing is entitled to be informed of, and to make representations, with respect to evidence which

fond, [TRADUCTION] «une question de la plus haute et de la plus grande importance». Dans une autre décision semblable, savoir *Re an Arbitration between Gregson and Armstrong*¹³, une sentence a été annulée à la demande d'un propriétaire parce qu'une fois entendue la preuve des deux parties, les arbitres ont tenu une réunion à la ferme le lendemain, avant de rendre leur sentence, réunion à laquelle assistait le locataire sortant, mais non le propriétaire. Dans une décision beaucoup plus récente, *R. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner, Ex p. Jones*¹⁴, le tribunal a été saisi d'une preuve à la fois nouvelle et très préjudiciable à la situation du requérant. Même si la situation présente n'est pas aussi manifeste, le principe à appliquer est le même. Le juge en chef, lord Parker, a déclaré en accordant le *certiorari*, qu'un tribunal n'a pas le droit de continuer à recueillir des éléments de preuve en secret entre la fin de l'audience et le prononcé de la décision [TRADUCTION] «sans communiquer ensuite aux parties les avis ou les renseignements reçus de manière à leur donner la possibilité de procéder à une nouvelle audition si nécessaire ou, du moins, de commenter les renseignements et de faire valoir leurs prétentions» (p. 686).

Cette Cour a récemment rendu un arrêt pertinent au présent pourvoi. Il s'agit de *Pfizer Company Limited c. Le sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise*¹⁵, où le juge Pigeon, qui rend le jugement au nom de la Cour, déclare à la p. 463:

Bien que la loi autorise la Commission à obtenir des renseignements autrement que sous la sanction d'un serment ou d'une affirmation . . . elle n'est pas pour autant autorisée à s'écarter des règles de justice naturelle. Il est nettement contraire à ces règles de s'en rapporter à des renseignements obtenus après la fin de l'audience sans en avertir les parties et leur donner la possibilité de les réfuter.

L'arrêt *Pfizer* ne vise pas le cas d'un tribunal qui entend une partie en l'absence d'une autre. Mais il établit le principe que chaque partie à une affaire a le droit d'être informée des éléments de preuve qui ont trait à la décision et de faire valoir ses

¹³ (1894), 70 L.T. 106.

¹⁴ [1962] 2 Q.B. 677.

¹⁵ [1977] 1 S.C.R. 456.

¹³ (1894), 70 L.T. 106.

¹⁴ [1962] 2 Q.B. 677.

¹⁵ [1977] 1 R.C.S. 456.

affected the disposition of the case. See also *R. v. Birmingham City Justices, Ex p. Chris Foreign Foods (Wholesalers) Ltd.*¹⁶; *R. v. Barnsley Metropolitan Borough Council, Ex p. Hook*¹⁷; *R. v. Justices of Bodmin, Ex p. McEwen*¹⁸.

6. The court will not inquire whether the evidence did work to the prejudice of one of the parties; it is sufficient if it might have done so. *Kanda v. Government of the Federation of Malaya, supra*, at p. 337. In the case at bar, the Court cannot conclude that there was no possibility of prejudice as we have no knowledge of what evidence was, in fact, given by President Kenny following the dinner adjournment. See *Jeffer v. New Zealand Dairy Production and Marketing Board*¹⁹, at p. 567. We are not here concerned with proof of actual prejudice, but rather with the possibility or the likelihood of prejudice in the eyes of reasonable persons.

Applying the foregoing principles, I think this appeal must succeed. The Board was aware of the possibly anomalous position of the President during the after dinner deliberations. The Chairman, vigilant in ensuring that Dr. Kane receive a fair hearing, advised the meeting that the President should not participate in discussion, nor vote. There can be no criticism of this direction. The vigilance, unfortunately, was not carried to its full length for, despite the care with which the appeal was conducted, the Board, as appears to be the case, found that it needed additional, "necessary" facts before reaching a decision, and the President furnished those facts. It is quite immaterial whether the facts were furnished by the President or, for example, another professor at the University. It cannot improve matters that the informant was the University President.

The Board was under an obligation to postpone further consideration of the matter until such time as Dr. Kane might be present and hear the addi-

arguments à leur égard. Voir également *R. v. Birmingham City Justices, Ex p. Chris Foreign Foods (Wholesalers) Ltd.*¹⁶, *R. v. Barnsley Metropolitan Borough Council, Ex p. Hook*¹⁷; *R. v. Justices of Bodmin, Ex p. McEwen*¹⁸.

6. La Cour ne cherchera pas à savoir si la preuve a de fait joué au détriment de l'une des parties; il suffit que cette possibilité existe. Voir *Kanda v. Government of the Federation of Malaya*, précité, à la p. 337. En l'espèce, la Cour ne peut conclure qu'aucun préjudice n'était possible car elle ne sait pas quels éléments de preuve ont réellement été fournis par le président Kenny après l'ajournement pour le dîner. Voir *Jeffer v. New Zealand Dairy Production and Marketing Board*¹⁹, à la p. 567. Nous ne sommes pas concernés ici par la preuve de l'existence d'un préjudice réel mais plutôt par la possibilité ou la probabilité qu'aux yeux des gens raisonnables, il existe un préjudice.

Si l'on applique ces principes, j'estime qu'il faut faire droit au présent pourvoi. Le conseil était conscient de la situation probablement anormale du président de l'Université durant les délibérations postérieures au dîner. Le président du conseil, soucieux d'assurer à M. Kane une audition impartiale, a avisé les membres du conseil que le président de l'Université ne devrait pas participer aux discussions ni voter. On ne peut critiquer cette directive. Malheureusement, la vigilance du président du conseil n'a pas été aussi loin que possible, car, malgré le soin apporté à l'audition de l'appel, le conseil, comme il ressort du dossier, a conclu qu'il avait besoin de faits additionnels, «nécessaires», avant de rendre une décision et le président de l'Université les lui a fournis. Il importe peu que les faits aient été fournis par le président ou, par exemple, par un autre professeur de l'Université. Mais que l'informateur ait été le président de l'Université n'arrange pas les choses.

Le conseil était tenu d'ajourner l'examen ultérieur de la question jusqu'à ce que M. Kane puisse être présent afin d'entendre les faits additionnels;

¹⁶ [1970] 1 W.L.R. 1428.

¹⁷ [1976] 3 All E.R. 452.

¹⁸ [1947] 1 K.B. 321.

¹⁹ [1967] 1 A.C. 551 (P.C.).

¹⁶ [1970] 1 W.L.R. 1428.

¹⁷ [1976] 3 All E.R. 452.

¹⁸ [1947] 1 K.B. 321.

¹⁹ [1967] 1 A.C. 551 (C.P.).

tional facts adduced; at the very least the Board should have made Dr. Kane aware of those facts and afforded him a real and effective opportunity to correct or meet any adverse statement made. In the event, the Board followed neither course. The Board heard the further facts, deliberated, and ruled against Dr. Kane. In so doing, it made a fundamental error. The danger against which the Courts must be on guard is the possibility that further information could have been put before the Board for its consideration which affected the disposition of the appeal. See *R. v. Architects' Registration Tribunal, Ex p. Jaggar*²⁰, at p. 447.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, and quash the resolution passed on July 5, 1977, by the Board of Governors of the University of British Columbia relative to the appellant, with costs to the appellant in all Courts.

The following are the reasons delivered by

RITCHIE J. (*dissenting*)—This is an appeal from a judgment of the Court of Appeal of British Columbia dismissing an appeal from a judgment rendered at trial by Mr. Justice Macdonald whereby he dismissed the petition of the present appellant brought pursuant to the *Judicial Review Procedure Act*, 1976 (B.C.), c. 25, seeking to quash a resolution passed by the respondent Board of Governors on July 5, 1977, approving the suspension of the appellant from his employment as a professor at the University of British Columbia for the three months May to July 1977, inclusive.

I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared for delivery by Mr. Justice Dickson in this case, but as I am unable to agree with the conclusion at which he arrives on the very slender record before us, I find it necessary to express my views separately.

The judgment rendered at trial by Mr. Justice Macdonald is now conveniently reported in 82 D.L.R. (3d) at p. 494 and the reasons for judgment of the Court of Appeal of British Columbia

²⁰ (1945), 61 T.L.R. 445.

le conseil aurait dû, à tout le moins, lui faire part de ces faits et lui donner une possibilité réelle et valable de rectifier ou de réfuter toute déclaration défavorable. En l'espèce, le conseil n'a fait ni l'un ni l'autre. Le conseil a entendu les faits additionnels, il a délibéré et tranché la question à l'encontre de M. Kane. Ce faisant, il a commis une erreur fondamentale. Le danger dont les cours doivent se méfier est la possibilité que le conseil ait pu être saisi d'autres renseignements à même d'influer sur l'issue de l'appel. Voir *R. v. Architects' Registration Tribunal, Ex p. Jaggar*²⁰, à la p. 447.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et d'annuler la résolution adoptée le 5 juillet 1977 par le conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique relativement à l'appellant, avec dépens à ce dernier dans toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE RITCHIE (*dissident*)—Il s'agit d'un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a rejeté l'appel interjeté d'un jugement rendu en première instance par le juge Macdonald qui avait rejeté la requête de l'appellant introduite conformément à la *Judicial Review Procedure Act*, 1976 (C.-B.) chap. 25. Par cette requête, l'appellant cherchait à faire annuler une résolution adoptée par le conseil d'administration intimé, le 5 juillet 1977, laquelle entérinait la suspension de l'appellant, un professeur à l'Université de la Colombie-Britannique, pour une période de trois mois, soit de mai à juillet 1977.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement préparés par le juge Dickson dans la présente affaire. Comme il m'est impossible de souscrire à la conclusion à laquelle il parvient à partir du dossier très peu étoffé qui nous a été soumis, j'estime nécessaire d'exprimer mon opinion dans des motifs distincts.

Le jugement rendu en première instance par le juge Macdonald est maintenant publié (82 D.L.R. (3d) à la p. 494); les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique le sont égale-

²⁰ (1945), 61 T.L.R. 445.

are also now reported in 11 B.C.L.R. 318; both of these reports contain a full review of the circumstances giving rise to this appeal.

The petitioner, Julius Kane, is a professor at the University of British Columbia with tenure of appointment but it was recommended by the Deans of the Faculty of Graduate Studies and of the Faculty of Science that his employment with the University be terminated for cause, the chief complaint being that he had made improper use of the university computer facilities for personal purposes.

Professor Kane at no time disputed the allegation that he had made use of the University computer in the manner complained of, but he complained of the penalty sought to be imposed by way of termination of his services, and following a meeting which was called by the President of the University, Dr. Douglas T. Kenny, at which Kane and his counsel were present, the Deans changed their recommendation to that of suspension without salary for three months and a requirement of financial restitution to the University by Kane. President Kenny complied with this latter recommendation and issued an order in conformity with it pursuant to s. 58(1) of the *Universities Act*, 1974 (B.C.), c. 100 (hereinafter called the Act). Section 58 of that Act reads:

58. (1) The president has power to suspend any member of the teaching and administrative staffs and any officer or employee of the university.

(2) Upon the exercise of the power, he shall forthwith report his action to the board with a statement of his reasons.

(3) A person who is suspended under this section has a right of appeal to the board.

Professor Kane exercised the right of appeal to which he was entitled under s. 58(3) and in due course the appeal came on for hearing before a regular meeting of ten members of the Board of Governors which included the Chairman (The Honourable T. A. Dohm, Q.C.) and the President whose presence was required by s. 61 of the Act. This meeting of the Board was also attended by the Dean of Science, the Dean of Geology and the Dean of Graduate Studies together with three other faculty members. Professor Kane together

ment (11 B.C.L.R. 318). Les deux décisions rapportent de façon détaillée les circonstances qui sont à l'origine du présent pourvoi.

Le requérant, Julius Kane, est professeur permanent à l'Université de la Colombie-Britannique. Les doyens de la Faculté des Études supérieures et de la Faculté des Sciences ont toutefois recommandé qu'il soit mis fin à son emploi à l'Université, avec motifs à l'appui, savoir, principalement, qu'il avait irrégulièrement utilisé les services d'informatique de l'Université à des fins personnelles.

M. Kane n'a jamais contesté l'allégation qu'il avait utilisé l'ordinateur de l'Université de la manière qui lui est reprochée, mais il se plaint de la sanction qu'on a cherché à lui imposer en mettant fin à son emploi. A une réunion convoquée par le président de l'Université, Douglas T. Kenny, à laquelle étaient présents Kane et son avocat, les doyens ont modifié leur recommandation et demandé que M. Kane soit suspendu sans traitement pendant trois mois et qu'il rembourse l'Université. Le président Kenny a suivi cette recommandation et a rendu un ordre en ce sens conformément au par. 58(1) de la *Universities Act*, 1974 (C.-B.), chap. 100 (ci-après appelé la Loi). L'article 58 de cette Loi se lit comme suit:

[TRADUCTION] 58. (1) Le président a le pouvoir de suspendre tout membre du personnel enseignant et administratif et tout cadre ou employé de l'université.

(2) Lorsqu'il exerce ce pouvoir, il doit sans délai communiquer sa décision au conseil avec motifs à l'appui.

(3) La personne suspendue en vertu du présent article a un droit d'appel devant le conseil.

M. Kane a interjeté appel comme il en avait le droit en vertu du par. 58(3), et en temps voulu, l'appel est venu à audience à une réunion ordinaire du conseil d'administration composée de dix membres dont le président du conseil (l'honorable T. A. Dohm, c.r.) et le président de l'Université dont l'art. 61 de la Loi exige la présence. Y assistaient également le doyen de la Faculté des Sciences, le doyen de la Faculté de Géologie et le doyen de la Faculté des Études supérieures, en plus de trois autres professeurs. Le professeur Kane, de même

with his counsel and the counsel for the Board were also present. There is no report in the record of the proceedings at this meeting of the Board of Governors but I am prepared to adopt the account contained in the judgment of the learned trial judge at 82 D.L.R. (3d) at p. 497:

The appeal came before the board of governors at a regular meeting on July 5th. It was one of many items on the agenda. Among the members of the board present was Dr. Kenny. When the appeal came on for hearing other persons joined the meeting, including the petitioner and his counsel, Mr. Roberts. The board heard from both Mr. Roberts and Dr. Kane. Dr. Kane was questioned by board members on points he had brought forward. During the hearing president Kenny did not ask questions of the petitioner or Mr. Roberts. He did answer questions directed to him by other members of the board and may have responded to statements made by Dr. Kane or Mr. Roberts. At the conclusion of the hearing the chairman requested Mr. Roberts and his client to leave so that the board could deliberate. The other non-members who attended for the hearing of the appeal also left. The board's deliberations upon the appeal commenced after adjournment for dinner. Dr. Kenny did not participate in the discussions. Nor did he vote upon the resolution. He did, however, answer questions directed to him by board members.

Accepting as I do this version of the proceedings, it appears to me to be plain that at the initial meeting of the Board the appellant was given full opportunity to answer all allegations against him and to present his version of the case. This opportunity was offered to him in the presence of a group of persons who as governors must be taken to have had the welfare of the University at heart, and whose chairman, the Honourable Mr. Dohm, was a former judge of the Supreme Court of British Columbia. Evidence was given by both the appellant and President Kenny and Dean Larkin, who as Dean of Graduate Studies had been one of those responsible for recommending that the appellant's employment with the University should be terminated, and I would think it to be a fair inference that all relevant facts having to do with the plight of the appellant would have been canvassed by either one or more of these witnesses at that time. It is to be remembered that the Board was acting pursuant to statutory authority and

que son avocat et l'avocat du conseil, étaient également présents. Le procès-verbal de cette réunion du conseil d'administration n'a pas été versé au dossier, mais je suis disposé à adopter le récit qu'en fait le savant juge de première instance, 82 D.L.R. (3d) à la p. 497:

[TRADUCTION] Le conseil d'administration a été saisi de l'appel au cours d'une réunion ordinaire le 5 juillet. C'était un des nombreux points à l'ordre du jour. Parmi les membres du conseil présents se trouvait M. Kenny. Au moment de l'audition de l'appel, d'autres personnes sont venues à la réunion dont le requérant et son avocat, M^e Roberts. Le conseil a entendu M^e Roberts et M. Kane. Les membres du conseil ont interrogé M. Kane sur les points qu'il avait soulevés. Au cours de l'audience, le président Kenny n'a pas posé de question au requérant ni à M^e Roberts. Il a répondu aux questions que lui ont posées d'autres membres du conseil; il a peut-être répondu aux déclarations de M. Kane ou de M^e Roberts. A la fin de l'audience, le président a demandé à M^e Roberts et à son client de se retirer pour que le conseil puisse délibérer. Les autres personnes étrangères au conseil, qui avaient assisté à l'audition de l'appel, se sont également retirées. Les délibérations du conseil postérieurement à l'appel ont commencé après l'ajournement pour le dîner. M. Kenny n'a pas participé aux discussions ni pris part au vote de la résolution. Il a toutefois répondu aux questions que lui ont posées les membres du conseil.

En acceptant, comme je le fais, cette version des procédures, il me paraît clair que l'appellant a eu amplement la possibilité à la première réunion du conseil de réfuter toutes les allégations portées contre lui et de présenter sa version de l'affaire. Cette possibilité lui a été offerte en présence d'un groupe de personnes qui, en leur qualité d'administrateurs, doivent être considérées comme ayant à cœur le bien de l'Université; le président du conseil, M. Dohm, est un ancien juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. L'appellant et le président Kenny ont tous deux témoigné, de même que le doyen Larkin qui, en qualité de doyen de la Faculté des Études supérieures, était l'un des auteurs de la recommandation de mettre fin à l'emploi de l'appellant à l'Université. J'estime qu'il est raisonnable de conclure que tous les faits pertinents se rapportant à la situation critique de l'appellant ont été exposés par un ou plusieurs de ces témoins au moment de l'audition. On doit se rappeler que le conseil a agi en vertu du pouvoir que

there is no suggestion anywhere in the record that the proceedings which took place at the initial hearing were not fairly and properly conducted giving due weight to the position of the appellant and the results flowing from his suspension from office.

However, the main complaint of the appellant relates to the fact that after the hearing had terminated the Chairman, President and other members of the Board adjourned for dinner and, in the absence of the appellant and his counsel, reconvened to continue their meeting which had been concerned with a number of issues in addition to the appellant's appeal and which culminated in so far as the appellant was concerned with the passage of the resolution ordering his suspension. By para. 7 of his petition the appellant complained that:

During the consideration by the Board of Governors of the said appeal leading to the said Resolution, the President, Douglas T. Kenny, was present and took part in the consideration and the discussion of the merits of the said appeal.

The affidavit filed by the appellant in support of his petition contained the following paragraph:

I am informed by the said Roberts and verily believe that he was informed by a member of the Board of Governors, Mr. George Morfitt, that following the hearing of my appeal pursuant to Section 58 of the Universities Act and when the Board of Governors was considering my appeal following the hearing, the President of the University of British Columbia, Douglas T. Kenny, from whose decision the said appeal was brought, was present and took part in the discussion leading to the said Resolution.

This affidavit was dated August 8, 1977, but it is noteworthy that an affidavit was filed by Mr. Morfitt on September 6th of the same year in which he stated as follows after having described the Board meeting:

11. Mr. Roberts and the petitioner left the hearing. The hearing was adjourned
12. Following dinner the meeting of the Board was called to order.
13. President Kenny did not participate in the discussions with regard to the petitioner.

lui confère la Loi et le dossier ne laisse nullement entendre que les procédures suivies au cours de la première audience ne l'ont pas été de façon équitable et régulière, en accordant tout le poids voulu à la situation de l'appellant et aux conséquences de sa suspension.

Pourtant, l'appellant se plaint essentiellement du fait qu'à la fin de l'audience, la président du conseil, le président de l'Université et les autres membres du conseil ont ajourné pour le dîner et qu'en l'absence de son avocat et en son absence, ils ont repris leur réunion qui devait porter sur un certain nombre de points en plus de l'appel de l'appellant et qui s'est terminée, pour ce qui est de l'appellant, par l'adoption de la résolution ordonnant sa suspension. Dans le par. 7 de la requête, l'appellant se plaint que:

[TRADUCTION] Le président, Douglas T. Kenny, était présent pendant que le conseil d'administration examinait l'appel qui a abouti à la résolution et il a participé à l'examen et à la discussion du bien-fondé de l'appel.

L'affidavit déposé par l'appellant à l'appui de sa requête renferme le paragraphe suivant:

[TRADUCTION] Je tiens mes renseignements de Roberts [M^e David Roberts, avocat de M. Kane] et j'ai la ferme conviction qu'un membre du conseil d'administration, M. George Morfitt, l'a informé qu'à la fin de l'audition de mon appel interjeté en vertu de l'art. 58 de la *Universities Act* et durant l'examen de celui-ci par le conseil d'administration, le président de l'Université de la Colombie-Britannique, Douglas T. Kenny, dont la décision faisait l'objet de l'appel en question, était présent et a participé à la discussion qui a abouti à l'adoption de la résolution.

Cet affidavit date du 8 août 1977, mais il convient de noter que M. Morfitt a déposé un affidavit le 6 septembre de la même année dans lequel il déclare après avoir décrit la réunion du conseil:

- [TRADUCTION] 11. M^e Roberts et le requérant se sont retirés. L'audience a été ajournée.
12. Après le dîner, l'assemblée du conseil a repris ses travaux.
13. Le président Kenny n'a pas participé à la discussion concernant le requérant.

This latter affidavit constitutes the only sworn evidence coming from any member of the Board who was present at the after dinner meeting and if it stood alone there can be no doubt that it would support the contention that nothing adverse was said about the appellant at that meeting. There was, however, a letter written by the solicitor for the University to Dr. Kane's counsel in which he quotes from Mr. Morfitt in part as follows:

While the President did provide the Board with *the necessary facts relating to the Kane suspension* it can be asserted that the President was at all times most careful not to take part in the consideration and the discussion of the merits of the appeal.

The words which I have italicized are treated by the appellant as being potentially prejudicial to him in that they might be taken to mean that the President stated some necessary facts relating to the Kane suspension which could be construed adversely to him and he had no opportunity to answer. This submission is supported by reference to the case of *Kanda v. Government of the Federation of Malaya*²¹ in which the report of an inquiry containing a most damaging indictment against Inspector Kanda as an unscrupulous scoundrel was made available to the adjudicating officer before he sat to inquire into the charge while it was withheld from Kanda. It was in these circumstances that Lord Denning said at p. 337:

It follows, of course, that the judge or whoever has to adjudicate must not hear evidence or receive representations from behind the back of the other. The court will not inquire whether the evidence or representations did work to his prejudice. Sufficient that they might do so. The court will not go into the likelihood of prejudice. The risk of it is enough.

The facts of the *Kanda* case are obviously vastly different from those with which we are here concerned. In the present case Kane knew from the outset exactly what it was that he was charged with and as I have explained, he had an opportunity to present his case and to examine the witnesses against him, and it cannot in my view be suggested that the President decided to wait until Kane was absent before providing the members of

²¹ [1962] A.C. 322.

Ce dernier affidavit constitue la seule preuve donnée sous serment par un membre du conseil présent à la séance tenue après le dîner et, en l'absence de tout autre élément, il ne fait aucun doute qu'il étayerait la prétention qu'aucune déclaration défavorable n'y a été faite au sujet de l'appellant. Il y a toutefois une lettre écrite par l'avocat de l'Université à l'avocat de M. Kane où les propos de M. Morfitt sont en partie cités:

[TRADUCTION] Même si le président a effectivement fourni au conseil *les faits nécessaires relativement à la suspension de M. Kane*, on peut affirmer qu'il a toujours pris grand soin de ne pas participer à l'examen ni à la discussion du bien-fondé de l'appel.

L'appellant allègue que les mots que j'ai soulignés pourraient lui être préjudiciables en ce sens qu'ils pourraient signifier que le président a fait état de certains faits nécessaires relativement à la suspension de M. Kane qui pourraient être interprétés à son encontre sans qu'il ait eu la possibilité de les réfuter. L'appellant appuie sa prétention sur l'arrêt *Kanda v. Government of the Federation of Malaya*²¹. Dans cette affaire, le rapport d'une enquête qui renfermait une accusation extrêmement préjudiciable à l'inspecteur Kanda (ce dernier y était traité de scélérat), a été mis à la disposition du fonctionnaire juge avant l'ouverture de l'enquête portant sur l'accusation, alors qu'on le cachait à Kanda. C'est dans ce contexte que lord Denning a dit à la p. 337:

[TRADUCTION] Il s'ensuit bien entendu que le juge ou quiconque appelé à rendre une décision ne doit pas recueillir des témoignages ou entendre des arguments d'une partie dans le dos de l'autre. La cour ne cherchera pas à savoir si les témoignages ou les arguments ont joué au détriment de l'autre partie; il suffit que cela ait pu se produire. La cour n'étudiera pas la probabilité de partialité. Il suffit qu'il y ait un risque de partialité.

Il est clair que les faits dans *Kanda* sont très différents de ceux de l'espèce. Dès le début, M. Kane connaissait exactement l'accusation portée contre lui et, comme je l'ai déjà expliqué, il a eu la possibilité de se défendre et d'interroger les témoins à charge et on ne peut, à mon avis, laisser entendre que le président a décidé d'attendre que Kane soit absent pour fournir aux membres du conseil des faits préjudiciables à ce dernier, la

²¹ [1962] A.C. 322.

the Board with facts prejudicial to Kane, what the allegations really were and the reasons why the penalty was reduced from termination to suspension. If this had been the case there would indeed have been a grave breach of good faith on the part of the President and other Board members and a denial to the appellant of the fundamental right to be heard in his own defence in breach of the elementary principles of natural justice.

In my view the statement contained in Mr. Morfitt's letter to the effect that the President provided the Board with necessary facts without in any way discussing the merits of the appeal, is too slender a thread upon which to support an accusation of such gravity against men of presumed integrity acting under a statutory authority. I say this having in mind particularly the reasons for judgment of Mr. Justice Pennell in *Re Schabas and Caput of the University of Toronto*²², which is referred to by Macdonald, J.A., in the present case at 11 B.C.L.R. 326 and where he said:

Subject to evidence of actual bias, I am of the opinion that the Court should be reluctant to say that a presumption of bias can arise in so far as it relates to the personnel of a *quasi*-judicial body where the composition of the tribunal is specifically authorized by the Legislature: . . . It is to be assumed that a body of men entrusted by the Legislature with large powers affecting the rights of others will act with good faith.

The Latin maxim "*omnia praesumuntur rite acta esse . . .*" has been interpreted as meaning that where acts are of an official nature or require the concurrence of official persons a presumption arises in favour of their due execution. The maxim is an old one but not I think dead in the administration of our law, and in my view it expresses a principle applicable to the present circumstances. In *Halsbury's Laws of England*, 3rd ed., vol. 10, at p. 457 it is said:

The presumption *omnia rite esse acta* (for example, that a man who has acted in a public capacity was duly appointed and has properly discharged his official duties) is common to criminal and civil proceedings.

nature véritable des allégations et les motifs à l'origine de la décision de réduire la sanction de renvoi à suspension. S'il en avait été ainsi, le président et les autres membres du conseil auraient effectivement gravement fait fi de la bonne foi et du droit fondamental de l'appelant d'être entendu pour faire valoir sa défense, le tout contrairement aux principes élémentaires de justice naturelle.

A mon avis, la déclaration dans la lettre de M. Morfitt selon laquelle le président a fourni au conseil les faits nécessaires sans discuter de quelque façon du bien-fondé de l'appel est un moyen beaucoup trop ténu pour étayer une accusation aussi sérieuse contre des hommes dont on présume l'intégrité et qui agissent en vertu d'un pouvoir conféré par la loi. Je dis ceci en pensant plus particulièrement aux motifs de jugement du juge Pennell dans *Re Schabas and Caput of the University of Toronto*²², motifs auxquels renvoie le juge Macdonald dans la présente affaire en ces termes, 11 B.C.L.R. 326:

[TRADUCTION] Sous réserve d'une preuve de partialité réelle, je suis d'avis que la Cour doit se montrer peu disposée à conclure à une présomption de partialité dans le cas des membres d'un organisme quasi judiciaire, lorsque la composition en a été expressément autorisée par le législateur . . . Il faut présumer qu'un groupe de personnes à qui le législateur a conféré de vastes pouvoirs touchant les droits d'autrui feront preuve de bonne foi.

Selon l'interprétation donnée à la maxime latine "*omnia praesumuntur rite acta esse . . .*", lorsque des actes revêtent un caractère officiel ou exigent l'approbation de personnes qui exercent des fonctions officielles, il existe une présomption que ces actes ont été dûment exécutés. C'est une maxime ancienne, mais, à mon avis, elle n'a pas disparu de l'administration de notre droit. A mon avis, elle énonce un principe applicable aux circonstances présentes. On explique dans *Halsbury's Laws of England*, 3^e éd., vol. 10, à la p. 457 que:

[TRADUCTION] La présomption *omnia rite esse acta* (par exemple, qu'une personne dans l'exercice de ses fonctions publiques a été dûment nommée et s'est adéquatement acquittée de ses fonctions) s'applique tant en matière criminelle que civile.

²² (1974), 52 D.L.R. (3d) 495.

²² (1974), 52 D.L.R. (3d) 495.

For all these reasons, as well as for those contained in the reasons for judgment of Mr. Justice McFarlane and in the cases decided in this Court to which he has made reference, I would dismiss this appeal with costs.

Appeal allowed with costs, RITCHIE J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Macrae, Montgomery, Spring & Cunningham, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Cumming, Richards, Underhill, Fraser, Skillings, Vancouver.

Pour ces motifs, et pour ceux contenus dans les motifs du juge McFarlane et dans les arrêts de cette Cour qu'il a mentionnés, je suis d'avis de rejeter ce pourvoi avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge RITCHIE étant dissident.

Procureurs de l'appelant: Macrae, Montgomery, Spring & Cunningham, Vancouver.

Procureurs de l'intimé: Cumming, Richards, Underhill, Fraser, Skillings, Vancouver.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Guy Jean Barnier *Respondent*.

1979: October 18; 1980: March 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Murder — Defence of insanity — Meanings of the words “appreciating” and “knowing” in s. 16(2) of Criminal Code distinct and separate — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 16(2), 613(1)(d).

Witnesses — Self-misdirection as to the law — Propriety of reference by witnesses to the law as it is said to be enunciated in specific judgments of the courts.

During a trial on a charge of murder in which the accused raised the defence of insanity, the trial judge instructed the jury that the words “appreciating” and “knowing” as they appear in s. 16(2) of the *Criminal Code*, have the same meaning. The issue as to the difference in meaning, if any, between “appreciating” and “knowing” arose in fact much earlier in the trial when, in the course of giving evidence, two psychiatrists called by the Crown revealed that they had found the accused to be insane within the meaning of that section, but after they had examined the judgment of this Court in *Schwartz v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 673, they reversed themselves and found the accused not to be insane. The jury found the accused guilty. The Court of Appeal, acting under s. 613(1)(d) of the *Criminal Code* set aside the conviction (one member of the Court dissenting) and ordered that the accused “be kept in safe custody to await the pleasure of the Lieutenant Governor, this Court being of the opinion that although the appellant committed the act of murder charged against him he was insane at the time the act was committed so that he was not criminally responsible for his conduct.” From this decision the Crown appealed to this Court.

Held: The appeal should be dismissed.

One must commence the analysis of a statutory provision by seeking to attribute meaning to all the words used therein. In the definition of insanity in s. 16(2) of the *Code*, Parliament has employed two different words in the critical portion of the definition, which words in effect established two tests or standards in determining

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Guy Jean Barnier *Intimé*.

1979: 18 octobre; 1980: 3 mars.

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

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

Droit criminel — Meurtre — Défense d'aliénation mentale — Signification indépendante et distincte des mots «juger» et «savoir» à l'art. 16(2) du Code criminel — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 16(2), 613(1)d.

Témoins — Auto-instruction erronée sur le droit — Opportunité pour les témoins de se référer aux principes de droit qui ressortiraient de décisions précises des cours.

Lors d'un procès sur une accusation de meurtre au cours duquel l'accusé a soulevé le moyen de défense d'aliénation mentale, le juge du procès a dit au jury dans son exposé que les mots «juger» et «savoir» que l'on trouve au par. 16(2) du *Code criminel*, ont la même signification. La question de la différence de signification possible entre «juger» et «savoir» s'est posée en fait beaucoup plus tôt au procès lorsqu'au cours de leur témoignage, deux psychiatres cités par la poursuite ont révélé qu'ils avaient conclu que l'accusé était aliéné au sens de ce paragraphe mais, qu'après avoir lu attentivement l'arrêt de cette Cour, *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673, ils ont changé d'avis et ont conclu que l'accusé n'était pas aliéné. Le jury a jugé l'accusé coupable. En vertu de l'al. 613(1)d) du *Code criminel*, la Cour d'appel a infirmé la déclaration de culpabilité (un membre de la Cour était dissident) et a ordonné que l'accusé «soit détenu sous bonne garde jusqu'à ce que le lieutenant-gouverneur ait fait connaître son bon plaisir, car cette Cour estime que, même si l'appelant a commis le meurtre dont il est accusé, il était aliéné au moment de l'acte de façon à ne pas être criminellement responsable de sa conduite». Le ministère public se pourvoit de cette décision devant cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Il faut commencer l'analyse d'une disposition législative en cherchant à attribuer un sens à chacun des mots qu'elle emploie. Dans la définition d'aliénation mentale au par. 16(2) du *Code*, le Parlement a employé deux mots différents dans la partie cruciale de la définition, lesquels mots établissent en effet deux critères ou

the presence of insanity. The subsection in form and substance provides that: a person is insane when he has a disease of the mind to an extent that renders him incapable (a) of appreciating the nature and quality of an act . . . or, (b) of knowing that an act is wrong. Under the primary canon of construction already referred to, 'appreciating' and 'knowing' must be different, otherwise the Legislature would have employed one or the other only. The meanings of the two verbs from which the participle form is derived are separate and distinct in the ordinary usage of language.

In the ordinary usage of these words it would appear that to appreciate embraces the act of knowing but the converse is not necessarily true. The verb "know" has a positive connotation requiring a bare awareness, the act of receiving information without more. The act of appreciating, on the other hand, is a second stage in a mental process requiring the analysis of knowledge or experience in one manner or another. It is therefore clear on the plain meaning of the section that Parliament intended that for a person to be insane within the statutory definition, he must be incapable firstly of appreciating in the analytical sense the nature and quality of the act or of knowing in the positive sense that his act was wrong. With these processes, the *Schwartz* case was in no way concerned.

The second issue involved the propriety of the reference by witnesses to the law as it is said to be enunciated in specific judgments of the courts. It was clear beyond dispute that the expert witnesses here had been misdirected as to the meaning of the *Schwartz* case and hence the definition of insanity prescribed by Parliament in the *Criminal Code*. This misdirection was taken up and restated to the jury in the charge by the presiding justice. In the result the jury heard expert opinion evidence which was founded on an erroneous understanding of the law of insanity, and hence their decision cannot stand.

The Court of Appeal correctly applied s. 613(1)(d) in finding the accused not guilty on account of insanity.

APPEAL by the Crown from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia¹, allowing an appeal by the accused from his conviction on a charge of non-capital murder. Appeal dismissed.

¹ [1978] 1 W.W.R. 137, 37 C.C.C. (2d) 508.

normes pour déterminer s'il y a aliénation mentale. Dans sa forme et sa substance, le paragraphe prévoit que: une personne est aliénée lorsqu'elle est atteinte de maladie mentale à un point qui la rend incapable a) de juger la nature et la qualité d'un acte . . . ou b) de savoir qu'un acte est mauvais. En vertu de la règle fondamentale d'interprétation déjà mentionnée, «juger» et «savoir» doivent être différents, sinon le législateur aurait employé seulement l'un ou l'autre de ces mots. La signification des deux verbes est indépendante et distincte dans l'usage ordinaire du langage.

D'après l'usage ordinaire de ces mots, il appert que «to appreciate» (juger) comprend l'acte de savoir mais l'inverse n'est pas nécessairement vrai. Le verbe «savoir» a une connotation positive qui exige une simple conscience, l'acte de recevoir de l'information sans plus. L'acte de juger, par contre, est au deuxième stade du processus mental qui exige l'analyse de la connaissance ou de l'expérience d'une façon ou d'une autre. Il se dégage donc clairement du sens évident de l'article que le Parlement voulait que, pour qu'une personne soit aliénée au sens de la définition législative, elle doit d'abord être incapable de juger, au sens analytique, la nature et la qualité de l'acte ou de savoir, au sens positif, que son acte était mauvais. L'arrêt *Schwartz* n'a aucunement porté sur ce processus.

La deuxième question est de savoir s'il est approprié que des témoins se réfèrent aux principes de droit qui ressortiraient de décisions précises des cours. Il est incontestable qu'ici les témoins experts ont été mal instruits du sens de l'arrêt *Schwartz* et, partant, de la définition d'aliénation mentale énoncée par le Parlement dans le *Code criminel*. Cette instruction erronée a été reprise et répétée au jury dans l'exposé du juge président. Finalement, le jury a entendu des témoignages d'experts fondés sur une interprétation erronée du droit concernant l'aliénation mentale, et sa décision ne peut donc être maintenue.

La Cour d'appel a appliqué à bon droit l'al. 613(1)d) en déclarant l'accusé non coupable pour cause d'aliénation mentale.

POURVOI formé par le ministère public à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹ qui a accueilli un appel interjeté par l'accusé de sa déclaration de culpabilité sur une accusation de meurtre non qualifié. Pourvoi rejeté.

¹ [1978] 1 W.W.R. 137, 37 C.C.C. (2d) 508.

David Gibbons, for the appellant.

John P. MacKrow, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—During a trial on a charge of murder in which the respondent raised the defence of insanity, the trial judge instructed the jury that the words “appreciating” and “knowing” as they appear in s. 16(2) of the *Criminal Code*, have the same meaning. The issue as to the difference in meaning, if any, between “appreciating” and “knowing” arose in fact much earlier in the trial when, in the course of giving evidence, two psychiatrists called by the Crown revealed that they had found the respondent-accused to be insane within the meaning of that section, but after they had examined the judgment of this Court in *Schwartz v. The Queen*², they reversed themselves and found the respondent-accused not to be insane. The jury found the appellant guilty. The Court of Appeal, acting under s. 613(1)(d) of the *Criminal Code* set aside the conviction (Maclean J.A. dissenting) and ordered that the respondent-accused “be kept in safe custody to await the pleasure of the Lieutenant Governor, this Court being of the opinion that although the appellant committed the act of murder charged against him he was insane at the time the act was committed so that he was not criminally responsible for his conduct.”

Before considering the impact of the *Schwartz* decision on this proceeding, it is helpful to turn to the evidence. The trial proceeded on the basis of an admission of facts pursuant to s. 582 in which the killing of the deceased by the respondent was admitted. The evidence revealed that the only apparent contact between the deceased and the accused was that the former was employed as Office Manager in the business where the respondent was employed and she (the deceased), in the course of her job, signed the letter terminating the respondent’s employment.

One of the psychiatrists called by the Crown, Dr. Whitman, gave a written opinion prior to trial

² [1977] 1 S.C.R. 673.

David Gibbons, pour l’appelante.

John P. MacKrow, pour l’intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—Lors d’un procès sur une accusation de meurtre au cours duquel l’intimé a soulevé le moyen de défense d’aliénation mentale, le juge du procès a dit au jury dans son exposé que les mots «juger» et «savoir» que l’on trouve au par. 16(2) du *Code criminel*, ont la même signification. La question de la différence de signification possible entre «juger» et «savoir» s’est posée en fait beaucoup plus tôt au procès lorsqu’au cours de leur témoignage, deux psychiatres cités par la poursuite ont révélé qu’ils avaient conclu que l’accusé intimé était aliéné au sens de ce paragraphe mais, qu’après avoir lu attentivement l’arrêt de cette Cour, *Schwartz c. La Reine*², ils ont changé d’avis et ont conclu que l’accusé intimé n’était pas aliéné. Le jury a jugé l’accusé coupable. En vertu de l’al. 613(1)d) du *Code criminel*, la Cour d’appel a infirmé la déclaration de culpabilité (le juge Maclean était dissident) et a ordonné que l’accusé intimé [TRADUCTION] «soit détenu sous bonne garde jusqu’à ce que le lieutenant-gouverneur ait fait connaître son bon plaisir, car cette Cour estime que, même si l’appelant a commis le meurtre dont il est accusé, il était aliéné au moment de l’acte de façon à ne pas être criminellement responsable de sa conduite.»

Avant d’étudier l’effet de l’arrêt *Schwartz* sur la présente espèce, il est utile d’examiner la preuve. Le procès s’est déroulé sur la base d’un aveu sur les faits conformément à l’art. 582 par lequel l’intimé a reconnu être l’auteur du meurtre de la victime. La preuve révèle que le seul rapport apparent entre la victime et l’accusé est que la première était chef des services administratifs de l’entreprise où l’intimé travaillait et que dans l’exercice de ses fonctions, elle (la victime) a signé la lettre mettant fin à l’emploi de l’intimé.

Un des psychiatres cités par le ministère public, le Dr Whitman, a donné une opinion écrite avant le

² [1977] 1 R.C.S. 673

to the effect that the accused "was unable to appreciate the nature and the quality of an act or [to know] that an act was wrong." Another psychiatrist called by the Crown, Dr. Stephenson, testified that prior to trial he shared the opinion of Dr. Whitman. At trial both doctors testified that they had had the opportunity of examining the judgments of this Court in *Schwartz v. The Queen, supra*, with reference to the defence of insanity as contained in s. 16 of the *Criminal Code* and thereupon changed their minds and decided that the accused was sane within that definition.

In his examination-in-chief, Dr. Whitman stated with reference to his report of April 23 and thereafter with reference to his subsequent opinion:

Q. And what was your opinion as stated in that report?

A. The conclusion—I am of the opinion—this is a record of mine dated April the 23rd, 1976, and following my examination of the previous day, I am of the opinion that Barnier's presently as fit for trial as he is ever likely to be. I am of the opinion that at the time of the alleged offence he was suffering from a disease of the mind to such an extent that he was unable to appreciate the nature and quality of an act or knowing that an act was wrong.

Q. Now, following your rendering of that opinion, were you given a copy of a decision of the Supreme Court of Canada, *Regina v. Schwartz*, May 5th, 1976?

A. Yes.

Q. And did that decision deal with the definition of insanity set out in Section 16?

A. That is my understanding.

Q. And based upon the reasons of the majority of the members of the Supreme Court in that case, did you alter your opinion as to the legal sanity of the accused at the time of the offence?

A. I did.

Q. And what were the basis [*sic*] of your having done so?

A. My understanding, my Lord, of the meaning of the words "appreciate the nature and quality of an act as defined by the Supreme Court of Canada", I had previously used that word in much more

procès suivant laquelle l'accusé [TRADUCTION] «était incapable de juger la nature et la qualité d'un acte ou [de savoir] qu'un acte était mauvais». Un autre psychiatre cité par le ministère public, le Dr Stephenson, a témoigné qu'avant le procès il partageait l'opinion du Dr Whitman. Au procès, les deux médecins ont témoigné qu'ils avaient eu l'occasion de lire attentivement l'arrêt de cette Cour, *Schwartz c. La Reine*, précité, relativement au moyen de défense d'aliénation mentale prévu à l'art. 16 du *Code criminel*, après quoi ils ont changé d'avis et décidé que l'accusé était sain d'esprit au sens de cette définition.

Voici ce qu'a dit le Dr Whitman en interrogatoire principal relativement à son rapport du 23 avril et ensuite relativement à son opinion subséquente:

[TRADUCTION] Q. Quelle opinion aviez-vous énoncée dans ce rapport?

R. La conclusion —je suis d'avis—il s'agit de mon dossier en date du 23 avril 1976, faisant suite à l'examen que j'avais fait la veille, je suis d'avis que Barnier est aussi capable de subir son procès qu'il le sera vraisemblablement à l'avenir. Je suis d'avis qu'au moment de l'infraction alléguée il était atteint de maladie mentale au point qu'il était incapable de juger la nature et la qualité d'un acte ou de savoir que cet acte était mauvais.

Q. Maintenant, après que vous avez formulé cette opinion, vous a-t-on remis une copie de l'arrêt *Regina c. Schwartz* rendu le 5 mai 1976 par la Cour suprême du Canada?

R. Oui.

Q. Cet arrêt portait-il sur la définition d'aliénation mentale donnée à l'article 16?

R. C'est ce que j'ai compris.

Q. Et, compte tenu des motifs de la majorité des membres de la Cour suprême dans cette affaire, avez-vous changé d'opinion quant à la santé mentale de l'accusé du point de vue légal au moment de l'infraction?

R. Oui.

Q. Et pour quelle raison avez-vous changé d'opinion?

R. Mon appréciation, Votre Seigneurie, de la signification des mots «juger la nature et la qualité d'un acte suivant la définition de la Cour suprême du Canada», j'avais antérieurement employé ces mots

liberal and wider sense where I was of the opinion that the accused person was suffering from a disease of the mind.

Q. Now, assuming that the words "nature and quality of the act" refer to the physical character of the act, and assuming that the law is that if a person who has committed a crime did not, by reason of disease of the mind, know what he was doing, that he was not to be convicted, what is your opinion now as to whether the accused was at the time of the offence insane or sane within the definition?

A. It's my opinion that at the time of the alleged offence while he suffered from a disease of the mind he was still able to appreciate the nature and quality of an act in that sense.

Q. Is it your opinion that he knew what he was doing?

A. Yes.

Q. Is it your opinion that when he pulled the trigger of the rifle, he knew what he was doing?

A. Yes.

Q. Is it your opinion that when he loaded the rifle with bullets including placing bullets in the firing chamber he knew what he was doing?

A. Yes.

Q. During the time described by the witnesses that the gun was shot in the offices, what is your opinion as to whether the accused realized the consequences of what he was doing?

A. Well, he would be aware in a physical sense the effect of discharging a rifle, high-powered rifle pointing at someone, that that would cause serious injury or death.

Q. Now, with respect to the second aspect of the test, that is whether he knew that the act was wrong?

A. I believe that he knew that this was something which is prohibited by law from doing.

Under cross-examination Dr. Whitman testified as follows:

MR. MACKROW:

Q. All that I am getting at, then, doctor, is that were it not for these cases, you then would still be of the opinion that you were when you made that report on April 23rd?

A. Yes.

Q. As to both aspects, as to whether he was able to appreciate the nature and quality of his acts?

d'une façon beaucoup plus large et libérale lorsque j'étais d'avis que l'accusé souffrait d'une maladie mentale.

Q. Maintenant, si l'on suppose que les mots «nature et qualité de l'acte» se rapportent à l'aspect matériel de l'acte, et si l'on suppose qu'en droit, une personne qui a commis un crime, ne sachant pas, en raison d'une maladie mentale, ce qu'elle faisait, ne doit pas être déclarée coupable, à votre avis, maintenant, l'accusé était-il, au moment de l'infraction, aliéné ou sain d'esprit au sens de la définition?

R. Je crois qu'au moment de l'infraction alléguée, bien qu'il fût atteint de maladie mentale, il était encore capable de juger la nature et la qualité d'un acte dans ce sens-là.

Q. Croyez-vous qu'il savait ce qu'il faisait?

R. Oui.

Q. Croyez-vous qu'il savait ce qu'il faisait lorsqu'il a appuyé sur la gâchette de la carabine?

R. Oui.

Q. Croyez-vous que lorsqu'il a chargé la carabine avec des balles, y compris lorsqu'il a mis des balles dans la chambre, il savait ce qu'il faisait?

R. Oui.

Q. Lorsque, comme l'ont décrit les témoins, le fusil a été déchargé dans les bureaux, croyez-vous que l'accusé se rendait compte des conséquences de ce qu'il faisait?

R. Bien, il se rendait matériellement compte de l'effet de décharger une carabine, une carabine à haute puissance pointée vers quelqu'un, que cela causerait des blessures sérieuses ou la mort.

Q. Maintenant, relativement au deuxième aspect du critère, savait-il que l'acte était mauvais?

R. Je crois qu'il savait que c'était quelque chose interdit par la loi.

En contre-interrogatoire, le Dr. Whitman a témoigné comme suit:

[TRADUCTION] M^e MACKROW:

Q. Le point où je veux en venir, alors, docteur, est que si ce n'était de ces décisions, votre opinion serait la même qu'en date du 23 avril lorsque vous avez fait votre rapport?

R. Oui.

Q. Quant aux deux aspects, savoir s'il était capable de juger la nature et la qualité de ses actes?

A. That is the one that would decide the issue in my mind.

Dr. Stephenson, a psychiatrist called by the Crown, testified when examined in chief as follows:

Q. Alright, now, aside from the—in addition to your opinion that he was suffering from a mental disease, what other opinion did you form initially?

A. Initially I formed the opinion that he was suffering from a disease of the mind of such intensity and quality that he was unable to fully appreciate the nature and quality of his acts, and I was of the opinion that he had been in this state of mind for some considerable time before the commission of the alleged offence and that he was still in that state when I examined him on the 29th of April.

Q. Now, before I get into any question of any change of that opinion, did you also form an opinion on the 29th of April with respect to whether he knew what he was doing was wrong?

A. Yes, I did. And it was my opinion that he did know that what he was doing was wrong in the moral sense although he felt in his own mind justified in what he was doing.

Q. Was your opinion that he knew what he was doing was against the law?

A. Yes, it is my opinion that he did know that what he was doing was against the law.

Q. Now, with respect to your opinion, your opinion originally was that he was incapable of fully appreciating the nature and quality of his acts?

A. Yes, that's true.

Q. Now, was the case of Regina v. Schwartz I already referred to given to you to read?

A. I had not—I was not aware of the Regina v. Schwartz case at the time I did my first examination and gave my first opinion and my opinion at that time was based on the more traditional interpretation of the understanding of the nature and quality of an act, appreciating the nature and quality of an act in that in my opinion at that time, to appreciate the nature and quality of an act one must be able to form an appropriate opinion, I should say, an opinion about the appropriateness of the act that one is to perform. For instance, whether one is justified in one's own mind either, for instance, by reason of one's own safety or the safety of others, in doing an act

R. C'est ce qui déciderait de la question à mon avis.

Le Dr Stephenson, un psychiatre cité par la poursuite, a témoigné comme suit en interrogatoire principal:

[TRADUCTION] Q. Très bien, maintenant, mis à part—en plus de votre opinion qu'il était atteint de maladie mentale, quelle autre opinion vous êtes-vous faite initialement?

R. Initialement, j'étais d'avis qu'il souffrait d'une maladie mentale d'une telle intensité et qualité qu'il était incapable de juger entièrement la nature et la qualité de ses actes, et j'étais d'avis qu'il était dans cet état d'esprit depuis un bon moment avant la perpétration de l'infraction alléguée et qu'il était encore dans cet état lorsque je l'ai examiné le 29 avril.

Q. Maintenant, avant que j'aborde la question d'un changement quelconque de cette opinion, vous êtes-vous également fait une opinion le 29 avril relativement à la question de savoir s'il savait que ce qu'il faisait était mauvais?

R. Oui. Et j'étais d'avis qu'il savait effectivement que ce qu'il faisait était mauvais au point de vue moral, même si dans son esprit il croyait être justifié de faire ce qu'il faisait.

Q. Étiez-vous d'avis qu'il savait que ce qu'il faisait était contraire à la loi?

R. Oui, à mon avis, il savait que ce qu'il faisait était contraire à la loi.

Q. Maintenant, relativement à votre opinion, votre opinion initiale était qu'il était incapable de juger entièrement la nature et la qualité de ses actes?

R. Oui, c'est vrai.

Q. Maintenant, vous a-t-on demandé de lire l'arrêt Regina c. Schwartz dont j'ai parlé?

R. Je n'avais pas—je ne connaissais pas l'arrêt Regina c. Schwartz lorsque j'ai fait mon premier examen et donné ma première opinion et, à ce moment, mon opinion était fondée sur l'interprétation plus traditionnelle de ce que l'on entend par la nature et la qualité d'un acte, juger la nature et la qualité d'un acte, en ce sens que je croyais alors que pour juger la nature et la qualité d'un acte, il fallait être en mesure de former une opinion appropriée, je devrais dire, une opinion relative au caractère approprié de l'acte que l'on s'appête à accomplir. Par exemple, la question de savoir si une personne est justifiée, dans son esprit, soit, par exemple, pour des raisons de sécurité personnelle

which in a cognitive sense one might know to be wrong and in my opinion Mr. Barnier at that time did feel by reason of his dillusional system and the narrowing down of his sort of responses to dillusions that what he was doing was justified, and that was my reason for saying at that time that he was unable to appreciate the nature and quality of his acts.

- Q. Now, assuming for the time being that the law is that nature and quality deal with the physical act and that the test is whether a person suffering from a disease of the mind knows what he's doing, what is your opinion now as to whether the accused at the time of the offence appreciated the nature and quality of his acts?
- A. Assuming that the law is that, to appreciate the nature and quality of an act means to know that one is doing it, and to know the probable consequences of it, then I would have to say that by that definition Mr. Barnier does appreciate the nature and quality of his acts.
- Q. Now, I understand you haven't been here throughout the whole of the evidence, doctor?
- A. That's true.
- Q. You have had an opportunity to read Exhibit 1, the Statement of Facts?
- A. I read the Statement of Facts, yes.
- Q. And you've heard the evidence given by the other medical witnesses here today?
- A. Yes, I have.
- Q. And based on the evidence which you are aware of as well as the observations you made of the accused in your interviews, is it your opinion that he knew that he had a rifle at the time of the alleged offence?
- A. Yes, it's my opinion that he did know he had a rifle.
- Q. Do you have an opinion as to whether he knew whether it was loaded?
- A. I don't know whether it was loaded but I assume it was and if it was loaded I am sure he knew it was loaded.
- Q. And do you have an opinion of whether he knew if he pointed a loaded rifle and pressed the trigger it would go off and strike the person he had pointed it to?
- A. In my opinion, he was well aware of that.

On cross-examination Dr. Stephenson stated:

ou la sécurité d'autrui, d'accomplir un acte sachant, d'après ses connaissances personnelles, qu'il est mauvais et, à mon avis, à ce moment-là M. Barnier a cru, en raison de ses illusions sensorielles et de la diminution de ses réactions aux illusions, que ce qu'il faisait était justifié et c'est pourquoi j'ai dit, à l'époque, qu'il était incapable de juger la nature et la qualité de ses actes.

- Q. Maintenant, si l'on présume, pour l'instant, qu'en droit, la nature et la qualité se rapportent à l'acte matériel et que le critère est de savoir si une personne qui souffre d'une maladie mentale sait ce qu'elle fait, croyez-vous qu'au moment de l'infraction, l'accusé a pu juger la nature et la qualité de ses actes?
- R. Si l'on présume qu'en droit, juger la nature et la qualité d'un acte signifie savoir qu'on accomplit un acte en sachant les conséquences probables, alors je dois dire que d'après cette définition M. Barnier juge effectivement la nature et la qualité de ses actes.
- Q. Maintenant, je crois que vous n'avez pas assisté à toute la preuve, docteur?
- R. C'est vrai.
- Q. Avez-vous eu l'occasion de lire la pièce n° 1, l'exposé des faits?
- R. Oui, j'ai lu l'exposé des faits.
- Q. Avez-vous entendu le témoignage des autres médecins experts aujourd'hui?
- R. Oui, je l'ai entendu.
- Q. Et vous basant sur la preuve que vous connaissez de même que sur les observations que vous avez faites au sujet de l'accusé lors de vos entrevues, croyez-vous qu'il savait qu'il avait une carabine au moment de l'infraction alléguée?
- R. Oui, je suis d'avis qu'il savait qu'il avait une carabine.
- Q. Croyez-vous qu'il savait qu'elle était chargée?
- R. Je ne sais pas si elle était chargée, mais je présume qu'elle l'était et, si elle l'était, je suis certain qu'il le savait.
- Q. Et croyez-vous qu'il savait que s'il pointait une carabine chargée et appuyait sur la gâchette elle se déchargerait et que la personne vers laquelle elle était pointée serait frappée?
- R. Je crois qu'il en était bien conscient.

En contre-interrogatoire, le Dr Stephenson a déclaré:

Q. Doctor, I understand that before you were given a copy of the Schwartz decision to read your idea was that "appreciate" meant a little more than "know", is that true?

A. That's true.

Q. You felt that it must be able to form an opinion as to the appropriateness of what he was doing, as you said?

A. Yes, customarily once interpretation of the term "appreciate" as used in the Criminal Code was that an individual, in order to properly evaluate his behaviour, must be able to evaluate it from the point of view of reality function, must be able to evaluate what was going on in real terms and if he was able to do that, if his evaluation or reality was a denial of reality and a projection of his own imaginations or illusions onto the situation, then certainly he wasn't appreciating the nature and quality of his acts properly.

Q. In your idea then the word "appreciate" involves a proper appraisal and interpretation of the nature and quality of the act, is that true?

A. That's true.

Q. Now, had you never seen or considered the Schwartz decision, your opinion would still be, I take it, that at the time of the act he was unable to appreciate the nature and quality of his act by reason of his mental illness?

A. Yes, using the old standard, old definition, that would be my opinion.

Q. And in between—I take it that a copy of the Schwartz decision, you were presented with this by Crown Counsel and it was discussed with you at that time?

A. Yes.

Q. And it was suggested to you, I take it, by Crown Counsel that the Schwartz decision in some way changed the law or modified it, is that true?

A. That was my understanding.

Dr. J. P. Duffy, called as a witness for the accused, testified on cross-examination concerning the state of mind of the accused as follows:

Q. Now, there is, of course, no question that the accused here suffered from a disease of the mind and I think you are aware that all of the psychiatric evidence tends to that direction?

A. Yes, I am.

[TRADUCTION—Q. Docteur, si je comprends bien, avant que l'on vous donne à lire une copie de l'arrêt Schwartz, vous étiez d'avis que «juger» avait un sens un peu plus large que «savoir», est-ce vrai?

R. C'est vrai.

Q. Vous étiez d'avis que ça devait signifier pouvoir se faire une opinion sur le caractère approprié de ce qu'il faisait, comme vous l'avez dit?

R. Oui, de coutume par le passé l'interprétation du mot «juger» employé au Code criminel était qu'un individu, pour évaluer convenablement son comportement, doit pouvoir l'évaluer en fonction du réel, doit pouvoir évaluer ce qui se passe réellement et s'il peut le faire, si son évaluation ou sa réalité est simplement une négation de la réalité et une projection de ses fantasmes ou de ses illusions sur la situation, alors il est certain qu'il ne jugeait pas convenablement la nature et la qualité de ses actes.

Q. Pour vous, le mot «juger» comprend une appréciation et une interprétation convenables de la nature et de la qualité de l'acte, est-ce exact?

R. C'est exact.

Q. Maintenant, si vous n'aviez jamais vu ou examiné l'arrêt Schwartz, votre opinion serait toujours, si je comprends bien, qu'au moment de l'acte il était incapable de juger la nature et la qualité de son acte en raison de sa maladie mentale?

R. Oui, d'après l'ancienne norme, l'ancienne définition, ce serait mon opinion.

Q. Et entre temps—je comprends que le substitut du procureur général vous a remis une copie de l'arrêt Schwartz et en a alors discuté avec vous?

R. Oui.

Q. Et, si je comprends bien, le substitut du procureur général vous a laissé entendre que l'arrêt Schwartz avait changé d'une certaine façon le droit ou l'avait modifié, est-ce vrai?

R. C'est ce que j'ai compris.

Le D^r J. P. Duffy, cité pour l'accusé, a témoigné comme suit en contre-interrogatoire sur l'état d'esprit de l'accusé:

[TRADUCTION] Q. Maintenant, il ne fait pas de doute, bien sûr, que l'accusé en l'espèce était atteint de maladie mentale et je crois que vous êtes au courant que tous les témoignages des psychiatres vont dans ce sens-là?

R. Oui, je le suis.

- Q. Now, the definition, for our purposes here, has two aspects: one of involving an inability to appreciate the nature and quality of this act and one of—to deal with knowing that the act or omission is wrong. Let me deal with the latter part of that definition first. I am not sure if I follow your evidence insofar as that aspect is concerned. Was it your view that at the material time the accused did not know that his actions were wrong?
- A. Yes.
- Q. Now, I understand that you are familiar with a recent decision of the Supreme Court of Canada in *Schwartz*?
- A. I have read it.
- Q. Are you implying the language, when you come to your conclusion, as to that, with respect to that part of the definition that the Supreme Court was using, knowing that the act was legally wrong?
- A. I am not implying either of the definitions used in the case you are referring to. I am talking about the words “to know” and I am bringing in—I hope I did bring in that there is no such thing as a static condition of mind, and that my opinion with regards to Mr. Barnier’s knowledge is specifically directed to the instant of commission. I would say that it’s perfectly consistent to find a person whose mental illness deprives him of knowledge at the time of the commission of the offence who can later give evidence that he could know—I think that’s the dilemma.
- Q. But your view is that at the time of the commission of the offence that the accused did not know that his actions were wrong?
- A. My position is that at the time of the commission of the offence the accused suffered from mental illness of such a degree as to render him incapable of appreciating the quality and nature of his actions, and that of such a degree as to prevent him from knowing?
- Q. Knowing that his act was wrong?
- A. Yes.
- Q. That he was suffering from a disease of the mind to the extent that he did not know that it was wrong to shoot somebody with a gun?
- A. Yes.
- Q. And that he did not know that was against the law?
- A. He may have had this knowledge before and he may have been able to talk about it afterwards but
- Q. Maintenant, aux fins qui nous intéressent ici, la définition présente deux aspects: l’un concerne l’incapacité de juger la nature et la qualité de cet acte et l’autre—concerne la connaissance que l’acte ou l’omission est mauvais. Permettez-moi de m’arrêter d’abord sur la dernière partie de cette définition. Je ne suis pas certain de comprendre votre témoignage en ce qui concerne cet aspect. Étiez-vous d’avis qu’à l’époque pertinente l’accusé ne savait pas que ses actions étaient mauvaises?
- R. Oui.
- Q. Maintenant, je comprends que vous connaissez l’arrêt récent rendu par la Cour suprême du Canada dans *Schwartz*?
- R. Je l’ai lu.
- Q. Sous-entendez-vous l’expression, lorsque vous parvenez à votre conclusion, sur ce point, relativement à cette partie de la définition que la Cour suprême a utilisée, sachant que l’acte était légalement mauvais?
- R. Je ne sous-entends ni l’une ni l’autre des définitions utilisées dans l’arrêt dont vous parlez. Je parle du mot «savoir» et j’ai voulu dire—j’espère avoir dit clairement qu’il n’existe pas de conditions statiques de l’esprit et mon opinion concernant la connaissance de M. Barnier porte précisément sur le moment de la perpétration. Je dirais qu’il est tout à fait logique de trouver une personne privée par la maladie mentale de la connaissance au moment de la perpétration d’une infraction, qui puisse par la suite témoigner qu’elle pouvait savoir—c’est là la difficulté, je crois.
- Q. Mais vous êtes d’avis qu’au moment de la perpétration de l’infraction l’accusé ne savait pas que ses actions étaient mauvaises?
- R. Je crois qu’au moment de la perpétration de l’infraction l’accusé était atteint de maladie mentale à un point tel qu’il était incapable de juger la qualité et la nature de ses actions et à un point tel qu’il ne pouvait pas savoir.
- Q. Savoir que son acte était mauvais?
- R. Oui.
- Q. Qu’il était atteint de maladie mentale à un point tel qu’il ne savait pas que c’était mauvais de tirer sur quelqu’un avec une arme?
- R. Oui.
- Q. Et qu’il ignorait que c’était contraire à la loi?
- R. Il a pu en avoir connaissance avant et il a pu en parler ensuite, mais nous parlons d’un instant et

we are talking about one instant in time and we are attempting to make an artificial dicotomy [*sic*] and I can't underline this too strongly. We are dealing with an instant of time.

All the psychiatrists in one way or another deal with the interpretation of the words "know and appreciate" as they appear in the definition of insanity contained in s. 16(2) of the *Criminal Code*, which I will set out later, and the alleged purport of *Schwartz v. The Queen, supra*. These witnesses of course are qualified as experts in a branch of medicine and not in the law. The position of a juror listening to such a discussion by a witness is very difficult. Such testimony does not assist the trier of fact, and the introduction of such evidence should be avoided. The instruction of the jury on questions of law is, of course, for the Court, and to have a discussion of the law reach the jury through a witness is at best confusing and at worst destructive of a fair and proper trial.

The charge to the jury given by the judge on the issue of insanity is as follows:

The next question to ask yourselves is whether the accused had a disease of the mind to an extent that rendered him at the time he fired that gun incapable of appreciating the nature and quality of the act of firing the rifle at Doreen Garbutt. I must tell you that as a matter of law the words 'nature and quality' refer to the physical character of the act. The questions to be asked are these: Did the accused know that he was pointing a loaded rifle at Doreen Garbutt? Did he know what the bullet would do to her if and when it hit her? If you find that he was incapable of understanding what he was doing, that is, that he was incapable of appreciating the nature and quality of the act, that he did not know what he was doing, the defence of insanity would succeed.

I will review the evidence of the psychiatrists later but at this point I must say to you that the law, as I have just given it to you, is the basis, as I understood the evidence, on which Dr. Whitman and Dr. Stephenson founded the opinions they expressed yesterday. Initially each of them had reached the opposite conclusion, namely, that the accused did not appreciate the nature and quality of his act. You may find it unsettling and disturbing that two highly qualified psychiatrists have been proceeding for some years on the interpretation of the law which is the wrong interpretation. You must take from me what I have said the law to be. The initial opinions of Dr. Whitman and Dr. Stephenson were

nous essayons de faire une dichotomie artificielle et je ne peux insister trop sur ce point. Nous parlons d'un instant.

Tous les psychiatres se sont penchés, d'une façon ou d'une autre, sur l'interprétation des mots «savoir et juger» qui figurent dans la définition d'aliénation mentale au par. 16(2) du *Code criminel*, que je citerai plus loin, et sur la portée qu'aurait l'arrêt *Schwartz c. La Reine*, précité. Ces témoins sont, bien sûr, des experts qualifiés dans un domaine de la médecine et non du droit. La position d'un juré qui écoute un témoin faire une telle analyse, est très difficile. Pareil témoignage n'aide pas le juge des faits et la présentation de ce genre de preuve devrait être évitée. L'exposé au jury sur des questions de droit appartient, bien sûr, à la cour et laisser présenter au jury une analyse du droit par un témoin est au mieux déroutant et au pire préjudiciable à un procès juste et équitable.

Voici l'exposé du juge au jury sur la question de l'aliénation mentale:

[TRADUCTION] La question suivante que vous devez vous poser est de savoir si l'accusé était atteint de maladie mentale à un point qui le rendait incapable, au moment où il a déchargé cette arme, de juger la nature et la qualité de l'acte de décharger la carabine vers Doreen Garbutt. Je dois vous dire qu'en droit, les mots «nature et qualité» se rapportent à l'aspect matériel de l'acte. Voici les questions à poser: l'accusé savait-il qu'il pointait une arme chargée vers Doreen Garbutt? Savait-il quel effet aurait la balle si elle l'atteignait? Si vous estimez qu'il était incapable de comprendre ce qu'il faisait, c'est-à-dire, qu'il était incapable de juger la nature et la qualité de l'acte, qu'il ne savait pas ce qu'il faisait, la défense d'aliénation mentale est recevable.

J'examinerai plus tard le témoignage des psychiatres, mais je dois vous dire pour l'instant que le droit, tel que je viens de vous l'exposer, est, si je comprends bien la preuve, la base sur laquelle le Dr. Whitman et le Dr. Stephenson ont fondé les opinions qu'ils ont exprimées hier. Initialement, tous deux étaient parvenus à la conclusion opposée, savoir, que l'accusé n'avait pas jugé la nature et la qualité de son acte. Vous pouvez trouver inquiétant et troublant que deux psychiatres hautement qualifiés aient agi pendant des années sur une mauvaise interprétation du droit. Vous devez interpréter le droit tel que je vous l'ai exposé. Les premières opinions du Dr. Whitman et du Dr. Stephenson étaient fondées sur une

based on what the Supreme Court of Canada in the case which you heard about, the Schwartz case has held to be wrong. You were entitled to be told that they had changed their opinions and to be told the reason for that change, a reason not related to any matter of fact but a reason related to the legal interpretation to be given to the word 'appreciate'.

I repeat then, if you find on the balance of probabilities that the disease of the mind rendered the accused incapable of appreciating the nature and quality of his act the defence of insanity would succeed. Your verdict would be not guilty by reason of insanity. If, however, you find that he was capable of appreciating the nature and quality of what he was doing you must then ask yourselves whether the disease of the mind was such as to render him incapable of knowing that his conduct was wrong. When I use the word 'wrong' that means according to law, wrong in the sense that the act was forbidden by law. If you find on the balance of probabilities that he was incapable of knowing what he was doing was wrong in the sense that I have used that word, that is contrary to the law, then the defence of insanity would succeed. Your verdict would be not guilty by reason of insanity . . .

. . . Dr. Duffy said that the accused would know but would not appreciate. I have told you that as a matter of law those words have the same meaning for the purpose of section 16.

Against this background of evidence received in the course of the trial and the judge's charge to the jury, I turn to the judgment of the majority in *Schwartz v. The Queen, supra*. It is imperative to recall that the question before this Court on that appeal was simply the meaning of the word 'wrong' as it is used in the definition of insanity in s. 16(2). The Court was not dealing with the balance of the subsection and no issue was raised with reference to that part of the definition of insanity relating to the capacity to appreciate and to know. One excerpt from the judgment of this Court as delivered by my brother Martland is sufficient to demonstrate that the *Schwartz* appeal has no bearing on the outcome of the issue now before us:

There is no evidence in the case which relates to the issue as to whether, at the time the offences were committed, the appellant, owing to disease of the mind, though appreciating the nature and quality of his acts, did not know that what he was doing was morally, or

interprétation du droit qui a été jugée mauvaise par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Schwartz dont vous avez entendu parler. Vous aviez le droit d'être informés qu'ils avaient changé leur opinion et d'en connaître la raison, raison sans lien avec des questions de fait mais liée l'interprétation juridique à donner au mot «juger».

Je répète donc que si vous trouvez, suivant la prépondérance des probabilités, que la maladie mentale a rendu l'accusé incapable de juger la nature et la qualité de son acte, la défense d'aliénation mentale est recevable. Votre verdict serait non coupable pour cause d'aliénation mentale. Si, toutefois, vous trouvez qu'il était capable de juger la nature et la qualité de ce qu'il faisait, vous devez alors vous demander si la maladie mentale était telle qu'elle le rendait incapable de savoir que sa conduite était mauvaise. Quand j'utilise le mot «mauvaise» cela signifie, en droit, mauvais dans le sens que l'acte était interdit par la loi. Si vous estimez, suivant la prépondérance des probabilités, qu'il était incapable de savoir que ce qu'il faisait était mauvais au sens où j'ai utilisé ce mot, c'est-à-dire contraire à la loi, alors, la défense d'aliénation mentale est recevable. Votre verdict serait non coupable pour cause d'aliénation mentale . . .

. . . Le D^r Duffy a dit que l'accusé savait mais ne pouvait pas juger. Je vous ai dit qu'en droit, ces deux mots avaient la même signification aux fins de l'article 16.

Dans le contexte de la preuve faite au cours du procès et de l'exposé du juge au jury, j'en viens au jugement de la majorité dans *Schwartz c. La Reine*, précité. Il est impératif de se rappeler que la question soumise à cette Cour dans ce pourvoi-là portait uniquement sur la signification du mot «mauvais» dans la définition d'aliénation mentale au par. 16(2). La Cour ne traitait pas du reste du paragraphe et n'a pas examiné la partie de la définition d'aliénation mentale relative à la capacité de juger et de savoir. Un extrait du jugement du juge Martland suffit à montrer que *Schwartz* n'a aucun rapport avec l'issue du litige qui nous est maintenant soumis:

En l'espèce, rien dans la preuve ne porte sur la question de savoir si, au moment de la perpétration des infractions, l'appelant, en raison d'une maladie mentale, tout en étant en mesure de juger la nature et la qualité de ses actes, ignorait que ce qu'il faisait était morale-

legally, wrong. That issue never arose on the facts of this case. There was no evidence to meet the onus imposed on the appellant by s. 16(4) to establish his insanity within the latter part of the definition in s. 16(2) no matter how the word "wrong" be interpreted. ([1977] 1 S.C.R. 673, at p. 694)

The question raised here cannot be answered by the application of any principle advanced in the disposition of the single and different issue which arose in *Schwartz, supra*.

I turn then to the crux of this appeal, namely the interpretation of the definition of insanity as found in subs. (2) of s. 16, and particularly the proper meaning in law of the words 'appreciating' and 'knowing' found in that definition. The subsection reads as follows:

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

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

One must, of course, commence the analysis of a statutory provision by seeking to attribute meaning to all the words used therein. Here Parliament has employed two different words in the critical portion of the definition, which words in effect established two tests or standards in determining the presence of insanity. The subsection in form and substance provides that:

a person is insane when he has a disease of the mind to an extent that renders him incapable

- (a) of appreciating the nature and quality of an act . . . or
- (b) of knowing that an act is wrong.

(I have eliminated those words with which we are not here concerned.) Under the primary canon of construction to which I have referred, 'appreciating' and 'knowing' must be different; otherwise the

ment ou légalement mauvais. Cette question n'a jamais été soulevée vu les faits de l'espèce. L'appelant n'a pas, comme il est tenu de le faire en vertu de l'art. 16(4), fait la preuve de son aliénation mentale au sens de la dernière partie de la définition donnée à l'art. 16(2) (quelle que soit l'interprétation qu'on donne au mot «mauvais»).

On ne peut répondre à la question posée en l'espèce par l'application d'un principe énoncé pour trancher la question unique et différente qui était soulevée dans *Schwartz*, précité.

J'en viens maintenant au cœur de ce pourvoi, savoir, l'interprétation de la définition d'aliénation mentale donnée au par. 16(2) et, en particulier, la signification appropriée en droit des mots «juger» et «savoir» qui s'y trouvent. Voici le texte du paragraphe:

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

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

Il faut, bien sûr, commencer l'analyse d'une disposition législative en cherchant à attribuer un sens à chacun des mots qu'elle emploie. Ici, le Parlement a employé deux mots différents dans la partie cruciale de la définition, lesquels mots établissent en effet deux critères ou normes pour déterminer s'il y a aliénation mentale. Dans sa forme et sa substance, le paragraphe prévoit que:

une personne est aliénée lorsqu'elle est atteinte de maladie mentale à un point qui la rend incapable

- a) de juger la nature et la qualité d'un acte . . . ou
- b) de savoir qu'un acte est mauvais.

(J'ai éliminé les mots qui ne nous intéressent pas ici.) En vertu de la règle fondamentale d'interprétation dont j'ai fait mention, «juger» et «savoir» doivent être différents, sinon le législateur aurait

Legislature would have employed one or the other only. The meanings of the two verbs from which the participle form is derived are separate and distinct in the ordinary usage of language.

“Appreciate” is defined in the *Shorter Oxford Dictionary*, 1959, as:

1. *trans.* To form an estimate of worth, quality, or amount . . .
2. . . . to be sensitive to, or sensible of, any delicate impression or distinction . . .

The definition assigned to “appreciate” in the *Random House Dictionary of the English Language*, 1973, is as follows:

2. to be fully conscious of; be aware of; detect: *to appreciate the dangers of a situation* . . .

The participle “appreciating” is rendered in French as “juger” which connotes a mental process approximating that of the verb “to appreciate.” In *Harrap’s Standard French and English Dictionary*, 1962, the verb is defined in part:

to think, believe; to be of opinion.

The definition of the verb “juger” as found in *Larousse*, 1952 is, in part:

Apercevoir, entre deux idées un rapport de convenance ou de disconvenance.

and in the 1975 *Larousse*:

porter une appréciation sur les êtres ou les choses.

On the other hand, the verb “to know” is defined in the *Shorter Oxford Dictionary*, 1959, as:

- I. . . . To recognize; to identify; to distinguish . . .
- II. To be acquainted with (a thing, place, person); to be familiar with; . . . to have personal experience of (something) as affecting oneself.
- III. 1. To be aware or apprised of . . . to become cognizant of, ascertain . . .
3. To apprehend or comprehend as fact or truth . . .

and in *Random House*, the verb “to know” is given these definitions:

1. to perceive or understand as fact or truth; to apprehend clearly and with certainty: . . .

employé seulement l’un ou l’autre de ces mots. La signification des deux verbes est indépendante et distincte dans l’usage ordinaire du langage.

«Appreciate» est défini comme suit dans le *Shorter Oxford Dictionary*, 1959:

1. *trans.* To form an estimate of worth, quality, or amount . . .
2. . . . to be sensitive to, or sensible of, any delicate impression or distinction . . .

Voici la définition donnée à «appreciate» dans le *Random House Dictionary of the English Language*, 1973:

2. to be fully conscious of; be aware of; detect: *to appreciate the dangers of a situation* . . .

Le participe «appreciating» est rendu en français par «juger» qui implique un processus mental se rapprochant de celui du verbe «to appreciate». Dans le *Harrap’s Standard French and English Dictionary*, 1962, le verbe est défini notamment comme:

to think, believe; to be of opinion.

La définition du verbe «juger» dans *Larousse*, 1952 dit notamment:

Apercevoir, entre deux idées un rapport de convenance ou de disconvenance.

et dans *Larousse* 1975:

porter une appréciation sur les êtres ou les choses.

Par contre, le verbe «to know» est défini dans le *Shorter Oxford Dictionary*, 1959, comme suit:

- I. . . . To recognize; to identify; to distinguish . . .
- II. To be acquainted with (a thing, place, person); to be familiar with; . . . to have personal experience of (something) as affecting oneself. . . .
- III. 1. To be aware or apprised of . . . to become cognizant of, ascertain . . .
3. To apprehend or comprehend as fact or truth . . .

et dans *Random House*, on donne les définitions suivantes du verbe “to know”:

1. to perceive or understand as fact or truth; to apprehend clearly and with certainty: . . .

2. to have established or fixed in the mind or memory;
...
3. to be cognizant or aware of; be acquainted with (a thing, place, person, etc.), as by sight, experience, or report:
- ...
5. to be able to distinguish, as one from another:
- ...

The French version of s. 16(2) employs "savoir" where "knowing" is found in the English version. *Harrap's* gives the meanings:
to know; to be aware of.

Larousse gives, *inter alia*, the following meaning:

avoir conscience de quelque chose.

In the ordinary usage of these words in the language, therefore, it would appear that to appreciate embraces the act of knowing but the converse is not necessarily true. This lies behind the comment in *Black's Legal Dictionary*, 4th ed., 1951, at p. 130:

Appreciate may be synonymous with "know" or "understand."

The verb "know" has a positive connotation requiring a bare awareness, the act of receiving information without more. The act of appreciating, on the other hand, is a second stage in a mental process requiring the analysis of knowledge or experience in one manner or another. It is therefore clear on the plain meaning of the section that Parliament intended that for a person to be insane within the statutory definition, he must be incapable firstly of appreciating in the analytical sense the nature and quality of the act or of knowing in the positive sense that his act was wrong. With these processes, of course, the *Schwartz* case was in no way concerned. The psychiatrists, in preparing for trial, either misconstrued the judgment and thereby the definition contained in s. 16, or the judgment was misconstrued for them in their preparation for testimony before the tribunal, and it matters not which is the case.

These words were the subject of comment in the *Report of the Royal Commission on The Law of Insanity as a Defence in Criminal Cases* (Canada

2. to have established or fixed in the mind or memory;
...
3. to be cognizant or aware of; be acquainted with (a thing, place, person, etc.), as by sight, experience, or report:
- ...
5. to be able to distinguish, as one from another:
- ...

La version française du par. 16(2) emploie «savoir» pour le mot «knowing» de la version anglaise. *Harrap's* donne les sens suivants:
to know; to be aware of.

Larousse donne notamment le sens suivant:

avoir conscience de quelque chose.

D'après l'usage ordinaire de ces mots dans le langage, il appert donc que «to appreciate» (juger) comprend l'acte de savoir mais l'inverse n'est pas nécessairement vrai. Ceci est sous-jacent au commentaire du *Black's Legal Dictionary*, 4^e éd., 1951, à la p. 130:

Appreciate (juger) [TRADUCTION] peut être synonyme de «savoir» ou «comprendre».

Le verbe «savoir» a une connotation positive qui exige une simple conscience, l'acte de recevoir de l'information sans plus. L'acte de juger, par contre, est au deuxième stade du processus mental qui exige l'analyse de la connaissance ou de l'expérience d'une façon ou d'une autre. Il se dégage donc clairement du sens évident de l'article que le Parlement voulait que, pour qu'une personne soit aliénée au sens de la définition législative, elle doive d'abord être incapable de juger, au sens analytique, la nature et la qualité de l'acte ou de savoir, au sens positif, que son acte était mauvais. L'arrêt *Schwartz* n'a aucunement porté sur ce processus. En se préparant pour le procès, les psychiatres ont soit mal interprété l'arrêt et par le fait même la définition de l'art. 16 ou, alors, l'arrêt leur a été mal expliqué lorsqu'ils se préparaient à témoigner devant le tribunal, peu importe ce qui c'est produit.

Ces mots ont fait l'objet d'un commentaire dans le Rapport de la Commission royale sur la défense d'aliénation mentale en matière criminelle (Impri-

Queen's Printer, 1956) (Chairman, Chief Justice J. C. McRuer):

An examination of the civil law of England and Canada shows that there is an important difference between "know" or "knowledge" on the one hand and "appreciate" or "appreciation" on the other when used and applied to a given set of circumstances. This is best illustrated by the principles of law underlying those cases in which the maxim *volenti non fit injuria* is involved. There is a clear distinction between mere knowledge of the risk and appreciation of both the risk and the danger.

(at p. 12)

The same process of interpretation of the words "knowing" and "appreciating" as they are employed in s. 16(2) may also be found in the judgment of this Court in *Gary Albert Cooper v. The Queen*³ (reasons issued March 3, 1980, unreported), in a case also involving a charge of murder.

I turn now to the question of the propriety of the reference by witnesses to the law as it is said to be enunciated in specific judgments of the courts. In *Stavroff v. The Queen*⁴ (judgment rendered October 2, 1979) this Court was concerned with the propriety of the presiding judge instructing the jury on the applicable law by making explicit reference to judgments of other courts, including those of this Court. Of that practice, McIntyre J. speaking on behalf of the Court stated:

While the adoption of this course by a trial judge will not always amount to error in law, it is generally to be avoided. The trial judge faces a task of great difficulty in charging a jury. He must explain the law and he must as well relate the law to the facts. While he is entitled to comment on and express opinions on the evidence, he must always keep in mind the separate functions of the judge and jury and avoid any interference with the jury's prerogative to find facts. The trial judge is fully entitled to all the assistance he can find in the decided cases and other authorities and he is entitled to utilize the language of learned judges and authors in making his explanations and in answering questions.

I refer to that decision (although it deals not with instruction of witnesses by counsel or by their own

meur de la Reine, Canada, 1956) (sous la présidence du juge en chef McRuer):

Lorsqu'on examine le droit civil d'Angleterre et celui du Canada, on constate qu'il existe une importante différence entre «connaître» («know») ou «connaissance», d'une part, et «juger» («appreciate») ou «jugement», d'autre part, lorsque ces termes sont utilisés par rapport à un certain jeu de circonstances et s'y appliquent. Le meilleur exemple qu'on en puisse trouver existe dans les principes de droit qui servent de base aux causes où le dicton «volenti non fit injuria» est en jeu. Il y a une différence bien nette entre la simple connaissance du risque et l'appréciation du risque et du danger à la fois.

(à la p. 12)

On trouve également ce mode d'interprétation des mots «savoir» et «juger» employés au par. 16(2) dans l'arrêt de cette Cour, *Gary Albert Cooper c. La Reine*³ (motifs rendus le 3 mars 1980, inédits), une affaire qui porte également sur une accusation de meurtre.

J'en viens maintenant à la question de savoir s'il est approprié que des témoins se réfèrent aux principes de droit qui ressortiraient de décisions précises des cours. Dans *Stavroff c. La Reine*⁴ (jugement rendu le 2 octobre 1979), cette Cour devait décider s'il était approprié que le juge président instruisse le jury du droit applicable en se référant explicitement à des jugements d'autres cours, y compris à ceux de cette Cour. Voici ce que le juge McIntyre a dit de cette pratique au nom de la Cour:

Quoique cette façon de procéder de la part d'un juge de première instance ne constitue pas toujours une erreur en droit, il vaut mieux habituellement l'éviter. C'est une tâche très difficile pour le juge du procès que de donner des directives au jury. Il doit expliquer le droit ainsi que le relier aux faits. Bien qu'il lui soit permis de commenter la preuve et d'exprimer des opinions sur celle-ci, il doit toujours avoir à l'esprit les rôles différents du juge et du jury et éviter d'usurper la prérogative du jury de décider des faits. Le juge du procès peut recourir à la jurisprudence et à la doctrine et reprendre les termes des savants juges et auteurs pour donner des explications et répondre à des questions.

Je mentionne cet arrêt (bien qu'il ne porte pas sur les explications que l'avocat donne aux témoins ou

³ Now reported [1980] 1 S.C.R. 1149.

⁴ [1980] 1 S.C.R. 411.

³ Maintenant publié [1980] 1 R.C.S. 1149.

⁴ [1980] 1 R.C.S. 411.

research but rather with instruction of juries in the law by judges) because it illustrates the sensitivity of the courts to the practice of leaving to laymen the problem of the analysis of and the conclusions to be drawn from individual judgments of courts of law dealing with the same or similar issues. Whether the law be placed before the jury indirectly through a witness or directly by a judge, by reference to earlier decisions, the same risks and dangers exist. However, here the dangers are more pronounced because a witness, by misdirecting himself as to the law, can fatally mislead the trier of fact, be it judge or jury. Fortunately, the act of self-misdirection was detected here, as it generally will be, by one of the fundamental components of our adversarial trial system, namely the cross-examination of witnesses by the opposing interest. It is clear beyond dispute that the expert witnesses here had been misdirected as to the meaning of the *Schwartz* case and hence the definition of insanity prescribed by Parliament in the *Criminal Code*. This misdirection was taken up and restated to the jury in the charge by the presiding justice. In the result the jury heard expert opinion evidence which was founded on an erroneous understanding of the law of insanity. To compound the problem, the jury was not thereafter properly instructed by the presiding judge as to the law on this subject which was to be applied to the facts when found by the jury, in the process of determining the guilt or innocence of the accused. Hence the jury have not in law reached a determination on the charge under which the accused was delivered to their custody.

The circumstances of this appeal fall squarely within the specific provision made by Parliament in s. 613(1)(d), which provision has been applied by the Court of Appeal in finding the accused not guilty on account of insanity. Accordingly the appeal should be dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Department of the Attorney-General for British Columbia, Vancouver.

Solicitor for the respondent: J. P. MacKrow, Vancouver.

que ceux-ci tirent de leurs propres recherches, mais plutôt sur les directives du juge au jury sur le droit) parce qu'il illustre la sensibilité des cours à la pratique qui consiste à laisser aux profanes le problème de l'analyse de jugements particuliers des tribunaux sur des questions identiques ou analogues et des conclusions à en tirer. Que le droit soit exposé au jury indirectement par un témoin ou directement par le juge, par la mention de décisions antérieures, les mêmes risques et dangers existent. Cependant, ici les dangers sont plus grands parce qu'un témoin, en se fourvoyant sur le droit, peut induire fatalement en erreur le juge du fond, que ce soit le juge ou le jury. Heureusement, l'auto-instruction erronée a été décelée ici, comme ce sera généralement le cas, par une des composantes fondamentales de notre système de procédures contradictoires, savoir le contre-interrogatoire des témoins par la partie adverse. Il est incontestable qu'ici les témoins experts ont été mal instruits du sens de l'arrêt *Schwartz* et, partant, de la définition d'aliénation mentale énoncée par le Parlement dans le *Code criminel*. Cette instruction erronée a été reprise et répétée au jury dans l'exposé du juge président. Finalement, le jury a entendu des témoignages d'experts fondés sur une interprétation erronée du droit concernant l'aliénation mentale. Pour ajouter au problème, le jury n'a pas été, par la suite, bien instruit par le juge président du droit sur ce sujet, alors qu'il devait l'appliquer aux faits qu'il retenait afin de déterminer la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Donc, en droit, le jury ne s'est pas prononcé sur l'accusation qui avait remis le sort de l'accusé entre ses mains.

Les circonstances de ce pourvoi relèvent tout à fait de l'al. 613(1)d), une disposition précise adoptée par le Parlement que la Cour d'appel a appliquée en déclarant l'accusé non coupable pour cause d'aliénation mentale. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante: Le département du Procureur-général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureur de l'intimé: J. P. MacKrow, Vancouver.

William Eric Lockett *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1979: October 23; 1980: January 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Indictment for robbery — Conviction for common assault — Offence of common assault included in that of robbery as described in the enactment creating it — Criminal Code, 1970, ss. 302, 589(1).

The appellant, charged with robbery, was convicted of common assault pursuant to the provisions of s. 589 of the *Criminal Code*. On appeal, the conviction was upheld by a majority judgment of the British Columbia Court of Appeal, whereupon the appellant, with leave, appealed to this Court. The question in issue was whether the offence of common assault is included in that of robbery as described in the enactment creating it in the *Criminal Code* (s. 302).

Held: The appeal should be dismissed.

Robbery is one offence which can be committed in different ways and a reference to the relevant section is a reference to it in its entirety. The lesser offence must be included in the offence charged as described in the enactment, albeit not in all the subsections and "it is sufficient if the other offence is included in the enactment creating it" as was held in this case by the Court of Appeal, following its own decision in *R. v. Brown* (1959), 124 C.C.C. 127. This is consistent with the decision of this Court in *The Queen v. McKenzie*, [1972] S.C.R. 409, where it was held that an accused charged with theft without reference to a specific section, in that case s. 276(1), now s. 290(1), could be found guilty of theft committed in the way described in that section.

R. v. Springfield (1969), 53 Cr. App. R. 608, distinguished; *R. v. Manuel* (1960), 33 W.W.R. 406; *R. v. Harmer and Miller* (1976), 33 C.C.C. (2d) 17; *R. v. Maika* (1974), 27 C.R.N.S. 115; *Fergusson v. The Queen*, [1962] S.C.R. 229; *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871, referred to.

William Eric Lockett *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1979: 23 octobre; 1980: 29 janvier.

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

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

Droit criminel — Acte d'accusation de vol qualifié — Déclaration de culpabilité de voies de fait simples — Infraction de voies de fait simples comprise dans celle de vol qualifié telle que décrite dans la disposition qui la crée — Code criminel, 1970, art. 302, 589(1).

L'appelant, accusé de vol qualifié, a été déclaré coupable de voies de fait simples en vertu du par. 589 du *Code criminel*. En appel, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité a confirmé la déclaration de culpabilité et l'appelant, sur autorisation, se pourvoit devant cette Cour. La question en litige est de savoir si l'infraction de voies de fait simples est comprise dans celle de vol qualifié telle qu'elle est décrite dans la disposition du *Code criminel* qui la crée (art. 302).

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le vol qualifié est une infraction qui peut être commise de plusieurs façons et un renvoi à l'article pertinent est un renvoi à l'article dans son ensemble. L'infraction moindre doit être comprise dans l'infraction imputée telle qu'elle est décrite dans la disposition, mais non dans tous les alinéas, et «il suffit que l'autre infraction soit comprise dans la disposition qui la crée» comme l'a décidé en l'espèce la Cour d'appel conformément à son arrêt antérieur *R. v. Brown* (1959), 124 C.C.C. 127. Ceci est compatible avec l'arrêt *La Reine c. McKenzie*, [1972] R.C.S. 409, où cette Cour a conclu qu'une personne inculpée de vol, sans mention d'un article précis, dans ce cas-là le par. 276(1), maintenant par. 290(1), pouvait être déclarée coupable du vol commis de la manière décrite dans cet article.

Jurisprudence: distinction faite avec l'arrêt *R. v. Springfield* (1969), 53 Cr. App. R. 608; *R. v. Manuel* (1960), 33 W.W.R. 406; *R. v. Harmer and Miller* (1976), 33 C.C.C. (2d) 17; *R. v. Maika* (1974), 27 C.R.N.S. 115; *Fergusson c. La Reine*, [1962] R.C.S. 229; *R. c. George*, [1960] R.C.S. 871.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia¹, dismissing the appellant's appeal from his conviction for common assault on an indictment for robbery. Appeal dismissed.

David Pendleton, for the appellant.

A. M. Stewart and *William Smart*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CHOUINARD J.—Charged with robbery the appellant was found guilty of common assault. His conviction was upheld by a majority judgment of the Court of Appeal for British Columbia.

The question in issue is whether the offence of common assault is included in that of robbery as described in the enactment creating it in the *Criminal Code*.

“Included offences” are governed by s. 589 of the *Code*, para. (1) of which reads as follows:

589. (1) A count in an indictment is divisible and where the commission of the offence charged, as described in the enactment creating it or as charged in the count, includes the commission of another offence, whether punishable by indictment or on summary conviction, the accused may be convicted

(a) of an offence so included that is proved, notwithstanding that the whole offence that is charged is not proved, or

(b) of an attempt to commit an offence so included.

As it appears, there are two circumstances under which an offence is included in another: it can be included in the offence “as described in the enactment creating it” or “as charged in the count”.

We are concerned here only with the first of these circumstances. It is not in dispute that common assault is not included in the offence as charged in the count which reads:

Indictment: William Eric Lockett stands charged:

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹, qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelant de sa déclaration de culpabilité de voies de fait simples, sur un acte d'accusation de vol qualifié. Pourvoi rejeté.

David Pendleton, pour l'appelant.

A. M. Stewart et *William Smart*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CHOUINARD—Accusé de vol qualifié, l'appelant a été déclaré coupable de voies de fait simples. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité a confirmé sa déclaration de culpabilité.

La question en litige est de savoir si l'infraction de voies de fait simples est comprise dans celle de vol qualifié telle que cette dernière est décrite dans la disposition du *Code criminel* qui la crée.

Les infractions comprises sont régies par le par. 589(1) du *Code*, que voici:

589. (1) Un chef dans un acte d'accusation est divisible et lorsque l'accomplissement de l'infraction imputée, telle qu'elle est décrite dans la disposition qui la crée ou telle qu'elle est portée dans le chef d'accusation, comprend la perpétration d'une autre infraction, que celle-ci soit punissable par acte d'accusation ou sur déclaration sommaire de culpabilité, l'accusé peut être déclaré coupable.

a) d'une infraction ainsi comprise qui est prouvée, bien que ne soit pas prouvée toute l'infraction imputée, ou

b) d'une tentative de commettre une infraction ainsi comprise.

Comme on le constate, il y a deux cas où une infraction en comprend une autre: elle peut être comprise dans l'infraction «telle qu'elle est décrite dans la disposition qui la crée» ou «telle qu'elle est portée dans le chef d'accusation».

Seul le premier cas nous intéresse en l'espèce. On ne conteste pas que les voies de fait simples ne sont pas comprises dans l'infraction telle qu'elle est portée dans le chef d'accusation que voici:

[TRADUCTION] Acte d'accusation: William Eric Lockett est accusé d'avoir:

¹ (1978), 3 C.R. (3d) 315.

¹ (1978), 3 C.R. (3d) 315.

That, at the City of Vancouver, County of Vancouver, Province of British Columbia, on the 23rd day of July, 1977, he unlawfully did commit robbery of Walter Leibel, of a quantity of cigarettes and approximately \$4.00 in cash contrary to the form of the statute in such case made and provided and against the peace of our Lady the Queen her Crown and dignity.

Robbery is defined by s. 302 of the *Criminal Code* as follows:

302. Every one commits robbery who

- (a) steals, and for the purpose of extorting whatever is stolen or to prevent or overcome resistance to the stealing, uses violence or threats of violence to a person or property;
- (b) steals from any person and, at the time he steals or immediately before or immediately thereafter, wounds, beats, strikes or uses any personal violence to that person;
- (c) assaults any person with intent to steal from him; or
- (d) steals from any person while armed with an offensive weapon or imitation thereof.

It is the appellant's submission that to be considered as an included offence under s. 589(1) *Cr.C.*, the offence must be a necessary ingredient in the description of the offence charged. It is not a necessary ingredient in subs. (d) of s. 302 *Cr.C.*, nor is it in subs. (a) when the violence or threats of violence used are to property as opposed to a person. The appellant therefore concludes that common assault is not included when the charge is one of robbery without any specific reference to one or the other of the subsections of s. 302 *Cr.C.*

This was the view held by the dissenting members of the Court of Appeal, expressed as follows in the formal judgment:

That having regard for the form of the indictment it was not open to the trial judge to convict of common assault and in the circumstances if the Crown wishes the Court to be able to convict of an included offence, it must so frame its indictment as to show upon which of the subsections of s. 302 it intends to rely so as to give notice to the accused not only of the principal offence with which he is charged but as well of the possible included offences of which he may be convicted if proof of the principal offence fails.

Le 23 juillet 1977, en la ville de Vancouver, comté de Vancouver (Colombie-Britannique), commis un vol qualifié en soustrayant à Walter Leibel une certaine quantité de cigarettes et une somme en espèces d'environ \$4 en contravention de la loi applicable en pareil cas et à l'encontre de la paix et de la dignité de Sa Majesté la Reine.

Le vol qualifié est défini à l'art. 302 du *Code criminel*:

302. Commet un vol qualifié, quiconque

- a) vole et, pour extorquer la chose volée ou empêcher ou maîtriser toute résistance au vol, emploie la violence ou des menaces de violence contre une personne ou des biens;
- b) vole quelqu'un et, au moment où il vole, ou immédiatement avant ou après, blesse, bat ou frappe cette personne ou se porte à des actes de violence contre elle;
- c) se livre à des voies de fait sur une personne avec l'intention de la voler; ou
- d) vole une personne alors qu'il est muni d'une arme offensive ou d'une imitation d'une telle arme.

L'appellant fait valoir que pour qu'il s'agisse d'une infraction comprise au sens du par. 589(1) du *C.cr.*, elle doit nécessairement constituer un élément de la description de l'infraction imputée. Elle ne constitue pas nécessairement un élément de l'infraction prévue à l'al. 302d) du *C.cr.* non plus que de celle prévue à l'al. 302a) lorsque la violence ou les menaces de violence employées sont dirigées contre des biens et non contre une personne. En conséquence, l'appellant conclut que les voies de fait simples ne sont pas comprises dans le vol qualifié lorsque l'accusation ne renvoie pas spécifiquement à l'un ou l'autre des alinéas de l'art. 302 du *C.cr.*

C'est l'opinion adoptée par les juges dissidents en Cour d'appel et le dispositif du jugement l'énonce en ces termes:

[TRADUCTION] Étant donné la formulation de l'acte d'accusation, le juge du procès ne pouvait pas déclarer l'accusé coupable de voies de fait simples et, dans les circonstances, si le ministère public veut que la Cour puisse déclarer l'accusé coupable d'une infraction comprise, il doit formuler son acte d'accusation de manière à indiquer sur quel alinéa de l'art. 302 il entend s'appuyer de façon à renseigner l'accusé non seulement sur l'infraction principale imputée mais également sur les infractions comprises dont il peut être déclaré coupable si la preuve de l'infraction principale est insuffisante.

In support of his submission the appellant relied on *R. v. Manuel*²; *R. v. Harmer and Miller*³; *R. v. Maika*⁴; and *Fergusson v. The Queen*⁵.

In *R. v. Manuel* the Court of Appeal for British Columbia held that a charge that the accused "did attempt to murder Joe Manuel" did not include the offences of assault causing bodily harm and common assault.

Delivering the judgment of the Court, Sheppard J.A. said at p. 407:

It follows that in order to be an included offence within sec. 569 the essential constituent of the included offence must necessarily be "included or involved" in the offence as described in the enactment creating it or as charged in the count.

And at p. 408 he added:

Further, to be an included offence the inclusion must form such an apparent and essential constituent of the offence charged that the accused in reading the offence charged will be fairly informed in every instance that he will have to meet not only the offence charged but also the specific offences to be included. Such apparent inclusion must appear from "the enactment creating" the offence or "from the offence as charged in the count;" either of those two may be considered under sec. 569 but not the opening by counsel or the evidence.

The crown contended that these assaults were included offences under sec. 210; "the enactment creating the offence." The difficulty arises in the case at bar in that the offence charged, attempt to murder, may be carried out "by any means" (sec. 210) and therefore may be by assault or by other means. Hence, in a particular case the attempt to murder as opened by crown counsel or as sought to be proven may be an attempt not carried out by assault.

That is the difficulty in the crown's contention here. Under sec. 569, to determine whether assault is an included offence, regard may be had to sec. 210, the enactment creating the offence charged. But sec. 210 does not necessarily include the offence of assault by

Pour appuyer sa prétention, l'appelant se fonde sur les arrêts *R. v. Manuel*²; *R. v. Harmer and Miller*³; *R. v. Maika*⁴; et *Fergusson c. La Reine*⁵.

Dans *R. v. Manuel*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu qu'une accusation portant que l'accusé [TRADUCTION] «a tenté de tuer Joe Manuel» ne comprend pas l'infraction de voies de fait causant des lésions corporelles ni celle de voies de fait simples.

Le juge Sheppard qui a prononcé le jugement de la Cour s'est exprimé en ces termes (p. 407):

[TRADUCTION] En conséquence, pour qu'il y ait une infraction comprise au sens de l'art. 569, la composante essentielle de l'infraction comprise doit nécessairement «être comprise ou incluse» dans l'infraction telle qu'elle est décrite dans la disposition qui la crée ou telle qu'elle est portée dans le chef d'accusation.

Il ajoute à la p. 408:

[TRADUCTION] En outre, pour qu'il y ait une infraction comprise, l'inclusion doit former une composante si évidente et si essentielle de l'infraction imputée que l'accusé, à la lecture de l'infraction imputée, saura raisonnablement, dans chaque cas, qu'il aura à répondre non seulement de l'infraction imputée mais également des infractions spécifiques y comprises. Pareille inclusion apparente doit ressortir de «la disposition qui crée» l'infraction ou de «l'infraction telle qu'elle est portée dans le chef d'accusation», ce que permet l'art. 569, et non de l'exposé de l'avocat ou de la preuve.

Le ministère public a fait valoir que ces voies de fait étaient des infractions comprises aux termes de l'art. 210, «la disposition qui crée l'infraction». La difficulté en l'espèce est née du fait que l'infraction imputée, soit la tentative de meurtre, peut être commise «par quelque moyen» que ce soit (art. 210) et, en conséquence, par voies de fait ou par d'autres moyens. Ainsi, dans un cas donné, la tentative de meurtre telle qu'elle est exposée par le substitut du procureur général ou selon la preuve qu'on cherche à en faire, peut constituer une tentative sans voies de fait.

C'est là la faille de l'argument du ministère public. En vertu de l'art. 569, pour déterminer si les voies de fait sont une infraction comprise, on peut tenir compte de l'art. 210, la disposition qui crée l'infraction imputée. Mais l'art. 210 ne comprend pas nécessairement l'infraction

² (1960), 33 W.W.R. 406.

³ (1976), 33 C.C.C. (2d) 17.

⁴ (1974), 27 C.R.N.S. 115.

⁵ [1962] S.C.R. 229.

² (1960), 33 W.W.R. 406.

³ (1976), 33 C.C.C. (2d) 17.

⁴ (1974), 27 C.R.N.S. 115.

⁵ [1962] R.C.S. 229.

reason that under that section the attempt assigned in a particular case may be "by any means," and hence may be by means which do not come within "assault" as defined in sec. 230. It follows that sec. 210 does not make assault such apparent and essential constituent of the offence of attempt to murder that the accused in reading the section would be fairly informed in every instance that he would have to meet the offence of assault.

In *R. v. Harmer and Miller, supra*, the issue was whether assault causing bodily harm was included in robbery as charged in the count and it was found to be included in that particular indictment. It nevertheless appears from the judgment delivered by Evans J.A. that the Court was of the opinion that it is not an included offence in a charge of robbery. He wrote at p. 20: "If the trial Judge was of the view that assault causing bodily harm was an included offence in a charge of robbery then on the authorities he was in error". From a previous statement on p. 19 it follows that would be included in an indictment charging an offence:

... all offences which as a matter of law are necessarily committed in the commission of the principal offence as described in the enactment creating it, as well as those offences of which the accused may be convicted by virtue of express statutory provisions.

In *R. v. Maika, supra*, the Court of Appeal for Ontario held that common assault was not an included offence within the description of robbery in s. 302 *Cr.C.* This decision was based on the English case of *R. v. Springfield*⁶ in which the Court of Appeal interpreted s. 6(3) of the *Criminal Law Act 1967*:

Where, on a person's trial, on indictment for any offence except treason or murder, the jury find him not guilty of the offence specifically charged in the indictment, but the allegations in the indictment amount to or include (expressly or by implication) an allegation of another offence falling within the jurisdiction of the court of trial, the jury may find him guilty of that other offence

⁶ (1969), 53 Cr. App. R. 608.

tion de voies de fait parce qu'aux termes de cet article, la tentative de meurtre peut être réalisée, dans un cas donné, «par quelque moyen» que ce soit et, en conséquence, par un moyen qui ne relève pas de l'infraction de «voies de fait» au sens de la définition de l'art. 230. Il s'ensuit que l'art. 210 ne fait pas des voies de fait une composante si évidente et si essentielle de l'infraction de tentative de meurtre que l'accusé, à la lecture de l'article, saura raisonnablement dans chaque cas qu'il aura à répondre de l'infraction de voies de fait.

Dans l'affaire *R. v. Harmer and Miller*, précitée, la question était de savoir si l'infraction de voies de fait causant des lésions corporelles était comprise dans celle de vol qualifié telle qu'elle était portée dans le chef d'accusation; il a été jugé qu'elle l'était dans cet acte d'accusation précis. Toutefois, il ressort du jugement prononcé par le juge Evans que la cour était d'avis que ce n'est pas une infraction comprise dans une accusation de vol qualifié. Il écrit à la p. 20: [TRADUCTION] «Si le juge du procès était d'avis que l'infraction de voies de fait causant des lésions corporelles était comprise dans l'accusation de vol qualifié, alors, selon la jurisprudence, il a commis une erreur». Il découle d'un passage antérieur à la p. 19, que seraient comprises dans un acte d'accusation imputant une infraction:

[TRADUCTION] ... toutes les infractions qui, en droit, sont nécessairement commises au cours de la perpétration de l'infraction principale telle qu'elle est décrite dans la disposition qui la crée, de même que celles dont l'accusé peut être déclaré coupable en vertu de dispositions législatives expresses.

Dans l'affaire *R. v. Maika*, précitée, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que l'infraction de voies de fait simples n'était pas comprise dans celle de vol qualifié telle qu'elle est décrite à l'art. 302 *C.cr.* Cette décision est fondée sur l'arrêt anglais *R. v. Springfield*⁶ où la Cour d'appel a interprété le par. 6(3) de la *Criminal Law Act 1967*:

[TRADUCTION] Lorsqu'au procès d'une personne poursuivie par acte d'accusation pour une infraction, autre que la trahison et le meurtre, le jury ne la déclare pas coupable de l'infraction spécifiquement portée dans l'acte d'accusation, mais que les allégations qui s'y trouvent équivalent à alléguer une autre infraction qui relève de la compétence du tribunal de première ins-

⁶ (1969), 53 Cr. App. R. 608.

or of an offence of which he could be found guilty on an indictment specifically charging that other offence.

This section is different from s. 589(1) *Cr.C.* and deals only with offences included in the offence "as charged in the count". It does not deal with offences included in the offence "as described in the enactment creating it", which is what we are concerned with here. For this reason, *R. v. Springfield, supra*, is, in my view, of no assistance in this case.

The appellant has quoted the following extract from the judgment of Taschereau J. (as he then was), speaking for the Court in *Fergusson v. The Queen (supra)*, at p. 233:

In the present case, there was only one count in the indictment and the charge was for robbery in violation of s. 288(b) of the *Criminal Code*. A count in an indictment is divisible and where the commission of the offence charged includes the commission of another offence, whether punishable by indictment or on summary conviction, the accused may be convicted of an offence so included that is proved, notwithstanding that the whole offence that is charged is not proved, or of an attempt to commit an offence so included (*Criminal Code* 569). Thus, a man charged with robbery may be found guilty of theft, but a person charged with robbery may not be found guilty of receiving stolen goods, as was held by the Court of Queen's Bench in the present instance. Receiving stolen goods is a less serious offence, but is not included in a charge of robbery.

The count must therefore include but not necessarily mention the commission of another offence, but the latter must be a lesser offence than the offence charged. The expression "lesser offence" is a "part of an offence" which is charged, and it must necessarily include some elements of the "major offence", but be lacking in some of the essentials, without which the major offence would be incomplete. *Rex v. Louie Yee* (1929), 1 W.W.R. 882, 24 Alta. L.R. 16, 51 C.C.C. 405, 2 D.L.R. 452.

Relying on the last sentence of the above extract, the appellant concludes that to be an included offence "an offence must necessarily be

tance, ou comprennent pareil élément (expressément ou implicitement), le jury peut alors la déclarer coupable de cette autre infraction ou d'une infraction dont elle pourrait être déclarée coupable sur un acte d'accusation l'imputant précisément.

Cette disposition législative se distingue du par. 589(1) du *C.cr.* en ce sens qu'elle ne traite que des infractions comprises dans l'infraction «telle qu'elle est portée dans le chef d'accusation». Elle ne traite pas d'infractions comprises dans l'infraction «telle qu'elle est décrite dans la disposition qui la crée», ce qui est le cas en l'espèce. Pour ce motif, j'estime que l'arrêt *R. v. Springfield*, précité, ne nous est d'aucun secours ici.

L'appelant cite l'extrait suivant tiré de l'opinion que le juge Taschereau (alors juge puîné) a rédigée au nom de la Cour dans l'affaire *Fergusson c. La Reine*, précitée, (p. 233):

[TRADUCTION] En l'espèce, l'acte d'accusation ne contient qu'un seul chef et l'accusation ne porte que sur le vol qualifié prévu à l'al. 288b) du *Code criminel*. Un chef dans un acte d'accusation est divisible et lorsque l'accomplissement de l'infraction imputée comprend la perpétration d'une autre infraction, que celle-ci soit punissable par acte d'accusation ou sur déclaration sommaire de culpabilité, l'accusé peut être déclaré coupable d'une infraction ainsi comprise qui est prouvée, bien que ne soit pas prouvée toute l'infraction imputée, ou d'une tentative de commettre une infraction ainsi comprise (art. 569 du *Code criminel*). Ainsi, un homme accusé d'avoir commis un vol qualifié peut être déclaré coupable de vol, mais une personne accusée de vol qualifié ne peut pas être déclarée coupable de recel, comme l'a décidé la Cour du Banc de la Reine en l'espèce. Le recel est une infraction moins grave, mais elle n'est pas comprise dans une accusation de vol qualifié.

Le chef d'accusation doit, par conséquent, comprendre, sans nécessairement mentionner, la perpétration d'une autre infraction qui, cependant, doit être moindre que l'infraction imputée. L'expression «infraction moindre» est une «partie de l'infraction» imputée, et elle doit nécessairement comprendre des éléments de «l'infraction plus grave», mais il doit lui manquer des éléments essentiels, sans lesquels l'infraction principale est incomplète. *Rex v. Louie Yee* (1929), 1 W.W.R. 882, 24 Alta. L.R. 16, 51 C.C.C. 405, 2 D.L.R. 452.

S'appuyant sur la dernière phrase de l'extrait précité, l'appelant conclut que pour être une infraction comprise [TRADUCTION] «une infraction

included in the description of the offence in the *Code*". And he goes on to say that where no reference is made to one specific subsection, this means it must be included in all four subsections of s. 302.

With respect, I do not think that the latter proposition is supported by *Fergusson v. The Queen, supra*, which did not consider this question.

On the other hand, *Fergusson v. The Queen, supra*, does not support the opposite view either because in that case the accused was specifically charged under s. 288(b), now 302(b).

Nor is *The Queen v. George*⁷, directly in point. There it was held that common assault was included in robbery but in that case the charge read that the accused did "unlawfully and by violence steal" which made it fall under s. 288(b).

To hold however that the lesser offence must be included in every subsection of the section referred to would seem to me to impose a requirement beyond those of s. 589.

Robbery is one offence which can be committed in different ways and a reference to the relevant section is a reference to it in its entirety.

Section 302 was s. 288 of the *Criminal Code*, 1953-54, 2-3 Elizabeth II, c. 51, which replaced ss. 445 to 448 of the *Criminal Code*, 1927.

As put in Crankshaw's *Criminal Code of Canada*, 7th ed., A. E. Popple, 1959, at p. 431:

ROBBERY. The law of robbery was revised in the new Criminal Code by combining together ss. 445, 446 and 448 into one comprehensive section 288 (*above*). It will be noted that s. 288 (*above*) contains four clauses (a), (b), (c) and (d). The offence of robbery is punishable under s. 289 which provides that "every one who commits robbery is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life and to be whipped." There is, therefore, one offence only "robbery" which

⁷ [1960] S.C.R. 871.

doit nécessairement être comprise dans la description de l'infraction dans le *Code*. Et il dit ensuite qu'en l'absence de renvoi à un alinéa précis, l'infraction doit être comprise dans les quatre alinéas de l'art. 302.

Avec égards, je n'estime pas que cette dernière proposition soit appuyée par l'arrêt *Fergusson c. La Reine*, précité, où cette question n'a pas été étudiée.

D'un autre côté, l'arrêt *Fergusson c. La Reine*, précité, n'étaye pas non plus l'opinion contraire parce que dans cette affaire, l'accusé avait spécifiquement été mis en accusation en vertu de l'al. 288(b), maintenant l'al. 302(b).

L'arrêt *La Reine c. George*⁷, n'est pas non plus directement applicable. On y a décidé que l'infraction de voies de fait simples était comprise dans celle de vol qualifié, mais l'accusation portait que l'accusé avait [TRADUCTION] «illégalement et en faisant usage de violence, volé», et renvoyait ainsi à l'al. 288(b).

Toutefois, décider que l'infraction moindre doit être comprise dans chacun des alinéas de l'article cité aurait pour effet, à mon avis, d'imposer une nouvelle exigence à celles de l'art. 589.

Le vol qualifié est une infraction qui peut être commise de plusieurs façons et un renvoi à l'article pertinent est un renvoi à l'article dans son ensemble.

L'article 302 correspond à l'art. 288 du *Code criminel* de 1953-54, 2-3 Elizabeth II, chap. 51, dont les dispositions ont remplacé les art. 445 à 448 du *Code criminel* de 1927.

Voici l'analyse de Crankshaw's *Criminal Code of Canada*, 7^e éd., A. E. Popple, 1959, à la p. 431:

[TRADUCTION] VOL QUALIFIÉ. Le droit en matière de vol qualifié a été révisé dans le nouveau Code criminel qui a fusionné en un seul article détaillé, savoir l'art. 288 (*précité*), les art. 445, 446 et 448. On remarque que l'art. 288 (*précité*) contient quatre alinéas, savoir a), b), c) et d). L'infraction de vol qualifié est punissable aux termes de l'art. 289: «Quiconque commet un vol qualifié est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité et de la peine du fouet.» Par consé-

⁷ [1960] R.C.S. 871.

may be committed in different ways. These ways of committing robbery are set out in s. 288 (*above*).

I would therefore conclude that the lesser offence must be included in the offence charged as described in the enactment, albeit not in all the subsections and that "it is sufficient if the other offence is included in the enactment creating it" as was held in this case by the Court of Appeal for British Columbia, following its own decision in *R. v. Brown*⁸.

This is consistent, in my view, with the decision of this Court in *The Queen v. McKenzie*⁹, where it was held that an accused charged with theft without reference to a specific section, in that case s. 276(1), now s. 290(1), could be found guilty of theft committed in the way described in that section.

The appellant further submitted:

... that the effect of the decision of the majority of the Court of Appeal in the present case will be to require an accused charged with robbery *simpliciter* to seek particulars from the Crown as to the particular method in which the offence is alleged to have been committed. It is submitted that the onus of describing the offence in particulars should rest with the Crown and not the accused.

This seems to me of little relevance if assault is included in a charge of robbery and as submitted by counsel for the respondent an accused charged with robbery will at the outset know that he is faced with a charge of robbery and a charge of assault as well as of theft.

To hold otherwise would in the respondent's submission cause the inclusion in the indictment of multiple counts of robbery and of the specific actions under one or more of the subsections of s. 302 *Cr.C.* as the case may be.

Furthermore, it was the respondent's submission that an accused acquitted of robbery would not be able to plead *autrefois acquit* within the meaning of s. 537 *Cr.C.* and would be subject to further prosecution on one or more other charges. In this

quent, il n'y a qu'une seule infraction de «vol qualifié» qui peut être commise de plusieurs façons. Ces façons sont énumérées à l'art. 288 (*précité*).

En conséquence, je conclus que l'infraction moindre doit être comprise dans l'infraction imputée telle qu'elle est décrite dans la disposition, mais non dans tous les alinéas, et [TRADUCTION] «qu'il suffit que l'autre infraction soit comprise dans la disposition qui la crée» comme l'a décidé en l'espèce la Cour d'appel de la Colombie-Britannique conformément à son arrêt antérieur *R. v. Brown*⁸.

Ceci est compatible, à mon avis, avec l'arrêt *La Reine c. McKenzie*⁹, où cette Cour a conclu qu'une personne inculpée de vol, sans mention d'un article précis, dans ce cas-là le par. 276(1), maintenant par. 290(1), pouvait être déclarée coupable du vol commis de la manière décrite dans cet article.

L'appelant allègue de plus:

[TRADUCTION] ... que l'effet de la décision de la majorité en Cour d'appel dans la présente affaire sera d'exiger d'un accusé inculpé de vol qualifié seulement qu'il demande des détails au ministère public relativement à la manière particulière dont l'infraction aurait été commise. Il est allégué que le fardeau de décrire l'infraction en détail doit reposer sur le ministère public et non sur l'accusé.

Ceci me semble peu pertinent si les voies de fait sont comprises dans une accusation de vol qualifié et, comme l'a allégué l'avocat de l'intimée, un accusé inculpé de vol qualifié saura au départ qu'il doit faire face à une accusation de vol qualifié et à une accusation de voies de fait de même qu'à une accusation de vol.

Selon l'intimée, décider autre chose provoquerait l'inclusion dans l'acte d'accusation de chefs multiples de vol qualifié et d'actes précis correspondant à un ou plusieurs alinéas de l'art. 302 du *C.cr.*, suivant le cas.

De plus, l'intimée a allégué qu'un accusé acquitté de vol qualifié ne pourrait invoquer le moyen de défense d'*autrefois acquit* au sens de l'art. 537 du *C.cr.* et pourrait faire l'objet de poursuites ultérieures sur une ou plusieurs autres

⁸ (1959), 124 C.C.C. 127.

⁹ [1972] S.C.R. 409.

⁸ (1959), 124 C.C.C. 127.

⁹ [1972] R.C.S. 409.

respect however it can be queried whether in the case of an offence punishable on summary conviction all this could be done within the limitation period of six months.

For these reasons I am of the opinion that the appeal should be dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Gove & Senior, Vancouver.

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

accusations. Toutefois, sur ce point, on peut se demander si, dans le cas d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, ces poursuites pourraient être intentées dans le délai de prescription de six mois.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appellant: Gove & Senior, Vancouver.

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

Gary Albert Cooper *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1979: May 31; 1979: December 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Non-capital murder — Defence of insanity not pleaded but put to the jury by trial judge — “Disease of the mind” — “Appreciating the nature and quality of an act or omission” — Charge to the jury — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 16, 613, 618(1)(a).

The appellant, an out-patient at the Hamilton Psychiatric Hospital, was charged with the murder of Denise Hobbs, an in-patient at the same institution. After a party at the hospital, the appellant unsuccessfully attempted to have sexual intercourse with the victim then choked her. Appellant had a lengthy psychiatric history. The defence of insanity was not raised at the trial. A psychiatrist was called by the defence to seek to establish that the accused did not have the capacity to form an intention to kill. In answer to a question put by the trial judge the psychiatrist testified that he did not think that the accused was suffering with a disease of the mind. None the less, the trial judge dealt with this issue of insanity in her charge to the jury. The jury found the appellant guilty of non-capital murder and he was sentenced to life imprisonment. An appeal was dismissed without written reasons, Dubin J.A. dissenting on the grounds that there was misdirection and non-direction amounting to misdirection in the trial judge's charge to the jury on the defence of insanity. The appellant then appealed to this Court pursuant to s. 618(1)(a) of the *Criminal Code* on the basis of a dissent in the Court of Appeal on a question of law.

Held (Martland and Pratte JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Laskin C.J. and Dickson, Beetz, Estey and McIntyre JJ.: Section 16 of the *Criminal Code* does not set out a test of insanity but, rather, the criteria to be taken into account in determining criminal responsibility. The question raised by this appeal is whether there was evidence upon which a properly charged jury could conclude, on a balance of probabilities, that the appel-

Gary Albert Cooper *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1979: 31 mai; 1979: 21 décembre.

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

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

Droit criminel — Meurtre non qualifié — Défense d'aliénation mentale non plaidée mais soumise au jury par le juge du procès — «Maladie mentale» — «Juger la nature et la qualité d'un acte ou d'une omission» — Exposé au jury — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 16, 613, 618(1)a).

L'appelant, un patient en consultation externe au Hamilton Psychiatric Hospital, a été accusé du meurtre de Denise Hobbs, patiente hospitalisée au même hôpital. Après une soirée à l'hôpital, l'appelant a essayé en vain d'avoir des relations sexuelles avec la victime, qu'il a alors étranglée. L'appelant avait de longs antécédents psychiatriques. Au procès, l'aliénation mentale n'a pas été soulevée comme moyen de défense. Un psychiatre fut appelé par la défense afin de chercher à établir que l'appelant n'était pas capable de former l'intention de tuer. Suite à une question posée par le juge du procès, le psychiatre a témoigné qu'il ne croyait pas que l'accusé souffrait de maladie mentale. Néanmoins, le juge du procès a fait un exposé au jury qui portait sur la question de l'aliénation mentale. Le jury a déclaré l'appelant coupable de meurtre non qualifié et celui-ci a été condamné à l'emprisonnement à vie. Un appel a été rejeté sans motifs écrits mais le juge Dubin était dissident aux motifs qu'il y a eu des directives erronées et une absence de directives équivalant à des directives erronées dans l'exposé du savant juge du procès au jury sur la défense d'aliénation mentale. L'appelant a ensuite formé un pourvoi devant cette Cour en vertu de l'al. 618(1)a) du *Code criminel* se fondant sur la dissidence en Cour d'appel sur une question de droit.

Arrêt (les juges Martland et Pratte sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Laskin et les juges Dickson, Beetz, Estey et McIntyre: L'article 16 du *Code criminel* n'énonce pas un critère d'aliénation mentale mais, plutôt, les critères dont il faut tenir compte pour déterminer la responsabilité criminelle. La question posée par ce pourvoi est de savoir si la preuve permettait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure,

lant had disease of the mind to an extent that rendered him incapable of appreciating the nature and quality of the act of which he was charged or of knowing that it was wrong.

With respect to the phrase “disease of the mind” (s. 16): That phrase has eluded satisfactory definition by both legal and medical disciplines. It should be given a broad and liberal legal construction, as it embraces any illness, disorder or abnormal condition which impairs the human mind and its functioning, excluding however, self-induced states caused by alcohol or drugs, as well as transitory mental states such as hysteria or concussion. The trial judge confused the legal issue of whether the appellant’s disorder could constitute disease of the mind with the factual issue of whether the appellant was suffering from disease of the mind at the relevant time, which factual issue ought to have been left to the jury in clear terms.

With respect to the phrase “appreciating the nature and quality of an act or omission” (s. 16): In using “appreciate” rather than “know”, the draftsmen of the *Code* made a deliberate change in language from the common law rule in order to broaden the legal and medical considerations bearing upon the mental state of the accused and to make it clear that cognition was not to be the sole criterion. Our *Code* stipulates an independent test, requiring a level of understanding of the act which is more than mere knowledge that it is taking place: in short, a capacity to apprehend the nature of the act and its consequences.

With respect to the evidence and the charge to the jury: The trial judge was correct in instructing the jury on the issue of insanity, whatever the posture of defence counsel, but she erred 1) in treating a doctor’s reply to an isolated question as virtually determinative of the issue of whether the appellant had a “disease of the mind”; 2) in failing to review adequately the evidence bearing upon the insanity issue and in failing to relate the evidence of the accused’s capacity to intend certain acts to the issue of insanity; 3) in concluding her charge in language which to all intents withdrew from the jury the essential determination of fact which it was its province to decide.

Per Martland J., dissenting: There are two main criticisms of the charge to the jury in the dissenting reasons in the Court of Appeal. The first is that there was misdirection, or non-direction amounting to misdirection, on the issue as to whether the accused was suffering from a disease of the mind or natural imbecility

d’après la prépondérance des probabilités, que l’appelant était atteint de maladie mentale à un point qui le rendait incapable de juger la nature et la qualité de l’acte dont il est inculpé, ou de savoir qu’il était mauvais.

Quant à l’expression «maladie mentale» (art. 16): Pas plus les disciplines juridiques que médicales n’ont réussi à définir cette expression de façon satisfaisante. On devrait lui donner un sens plus large et une interprétation juridique libérale puisqu’elle comprend toute maladie, tout trouble ou tout état anormal qui affecte la raison humaine et son fonctionnement, à l’exclusion toutefois des états volontairement provoqués par l’alcool ou les stupéfiants, et des états mentaux transitoires comme l’hystérie ou la commotion. Le juge du procès a confondu la question de droit de savoir si le trouble de l’appelant pouvait constituer une maladie mentale et la question de fait de savoir si l’appelant souffrait d’une maladie mentale au moment pertinent, ce qui est une question de fait qui aurait dû être soumise au jury en des termes clairs.

Quant à l’expression «juger la nature et la qualité d’un acte ou d’une omission» (art. 16): En employant «juger» plutôt que «connaître», les rédacteurs du *Code* ont délibérément modifié les termes de la règle de *common law* afin d’élargir les considérations juridiques et médicales portant sur l’état mental de l’accusé et d’exprimer clairement que la connaissance ne devait pas être le seul critère. Notre *Code* énonce un critère indépendant qui exige un niveau de compréhension de l’acte supérieure à la simple connaissance de l’accomplissement de l’acte; en bref, une capacité de comprendre la nature de l’acte et ses conséquences.

Quant à la preuve et à l’exposé au jury: Le juge du procès a eu raison de donner des directives au jury sur l’aliénation mentale, quelle que soit la position de l’avocat de la défense, mais elle a commis une erreur 1) en considérant une réponse du docteur à une question isolée comme pratiquement déterminante de la question de savoir si l’appelant était atteint de «maladie mentale»; 2) en ne faisant pas une revue suffisante de la preuve sur la question de l’aliénation mentale et en ne faisant pas le lien entre la preuve de la capacité de l’accusé à vouloir certains actes et la question de l’aliénation mentale; 3) en concluant son exposé en des termes qui, à toutes fins pratiques, retiraient au jury la question de fait essentielle qu’il lui appartenait de trancher.

Le juge Martland, dissident: Dans les motifs de dissidence en Cour d’appel, il y a deux critiques principales de l’exposé au jury. La première est qu’il y a des directives erronées, ou une absence de directives équivalent à des directives erronées, sur la question de savoir si l’accusé souffrait de maladie mentale ou d’imbécillité

ty. The second is that there was non-direction, amounting to misdirection, in failing to relate the evidence of the psychiatrist on the issue as to whether the appellant was able to appreciate the nature and quality of the act. As to the first criticism, the trial judge did not treat the opinion of the psychiatrist that the accused was not suffering from a disease of the mind as determinative. The jury was told that if there was other evidence on this issue they were entitled to weigh it. There was no evidence to show a state of natural imbecility. As to the second criticism, it is desirable to stress the fact that the appellant elected not to raise the question of insanity: The trial judge cannot be criticized for not relating the evidence given in relation to another issue, to an issue which had not been raised at trial. The evidence does not establish an incapacity to appreciate the nature and quality of the appellant's act. The onus of proving that he was not sane rested upon the appellant.

There was no substantial wrong or miscarriage of justice. The Court of Appeal was entitled to dismiss the appeal of the accused under ss. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

[*Schwartz v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 673; *R. v. Kemp*, [1957] 1 Q.B. 399; *Bratty v. A.-G. for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386; *R. v. O'Brien*, [1966] 3 C.C.C. 288; *R. v. Rabey* (1977), 37 C.C.C. (2d) 461; *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. v. Rivett* (1950), 34 Cr. App. Rep. 87; *R. v. Laycock*, [1952] O.R. 908, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹, dismissing, by a majority, the appeal by the appellant from his conviction of non-capital murder. Appeal allowed, Martland and Pratte JJ. dissenting.

Alan D. Gold, for the appellant.

Edward F. Then, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Dickson, Beetz, Estey and McIntyre JJ. was delivered by

DICKSON J.—Issues fundamental to the design and range of the “insanity defence” and to notions of responsibility in our criminal justice system are before the Court in this appeal.

naturelle. La seconde est que l'omission de relier le témoignage du psychiatre à la question de savoir si l'appelant était capable de juger la nature et la qualité de l'acte constitue une absence de directives équivalant à une directive erronée. Quant à la première critique, le juge du procès n'a pas considéré comme déterminante l'opinion exprimée par le psychiatre, savoir que l'accusé ne souffrait pas de maladie mentale. On a dit au jury que s'il y avait un autre élément de preuve, il avait le droit de le considérer. Il n'y avait pas de preuve pour établir un état d'imbécillité naturelle. Quant à la seconde critique, il convient d'insister sur le fait que l'appelant a choisi de ne pas soulever la question de l'aliénation mentale: on ne peut critiquer le juge du procès pour n'avoir pas relié ce témoignage, rendu relativement à un autre point, à une question qui n'avait pas été soulevée au procès. La preuve n'établit pas que l'appelant était incapable de juger la nature et la qualité de son acte. L'appelant avait la charge de prouver qu'il n'était pas sain d'esprit.

Il ne s'est produit aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave. En vertu du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, la Cour d'appel était fondée à rejeter l'appel interjeté par l'accusé.

[Jurisprudence: *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673; *R. v. Kemp*, [1957] 1 Q.B. 399; *Bratty v. A.-G. for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386; *R. v. O'Brien*, [1966] 3 C.C.C. 288; *R. v. Rabey* (1977), 37 C.C.C. (2d) 461; *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. v. Rivett* (1950), 34 Cr. App. Rep. 87; *R. v. Laycock*, [1952] O.R. 908.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹, qui a rejeté, à la majorité, l'appel interjeté par l'appelant de sa déclaration de culpabilité de meurtre non qualifié. Pourvoi accueilli, les juges Martland et Pratte étant dissidents.

Alan D. Gold, pour l'appelant.

Edward F. Then, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Laskin et des juges Dickson, Beetz, Estey et McIntyre rendu par

LE JUGE DICKSON—En l'espèce, la Cour est appelée à trancher des questions fondamentales quant au but et à l'étendue de la «défense d'aliénation mentale» et à la notion de responsabilité dans notre système de justice criminelle.

¹ (1978), 40 C.C.C. (2d) 145.

¹ (1978), 40 C.C.C. (2d) 145.

The case opens up the broad and difficult question of the obligation of a trial judge to charge on insanity in circumstances where an accused has a lengthy psychiatric history, but the medical evidence is that he does not suffer from "disease of the mind".

The appellant, Gary Albert Cooper, was charged with the murder of one Denise Hobbs, at the time an in-patient at the Hamilton Psychiatric Hospital. The appellant was an out-patient at the same institution. There was evidence that the appellant had been drinking during the day of October 8, 1975. That evening he arrived at a regularly scheduled dance held at a nearby church for patients of the hospital and there met Denise Hobbs with whom he was acquainted. At his invitation, the two left the dance to seek a bottle of pop and cigarettes. Ultimately, after an unsuccessful attempt at sexual intercourse, the appellant choked the deceased. The cause of death was asphyxiation by strangulation.

At trial, counsel for the defence directed argument to raising a doubt on the issue of intent and did not plead the "defence" of insanity. None the less, the trial judge, Madame Justice Van Camp, charged the jury on insanity, though in a manner vigorously challenged in this appeal. The jury found the appellant guilty of non-capital murder and an appeal was dismissed without written reasons, Dubin J.A. dissenting. At a later date Mr. Justice Dubin delivered lengthy reasons in dissent.

Section 16 of the *Criminal Code* does not set out a test of insanity but, rather the criteria to be taken into account in determining criminal responsibility. The section reads:

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

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

L'affaire soulève la question vaste et complexe de l'obligation du juge du procès de faire un exposé sur l'aliénation mentale lorsqu'un accusé a de longs antécédents psychiatriques mais que la preuve médicale révèle qu'il ne souffre pas de «maladie mentale».

L'appelant, Gary Albert Cooper, a été accusé du meurtre d'une nommée Denise Hobbs, alors patiente hospitalisée au Hamilton Psychiatric Hospital. L'appelant était un patient en consultation externe au même hôpital. La preuve indique que l'appelant avait bu pendant la journée du 8 octobre 1975. Ce soir-là il est arrivé à une danse tenue régulièrement dans une église voisine pour les malades de l'hôpital et il y a rencontré Denise Hobbs qu'il connaissait. Sur son invitation, ils ont tous les deux quitté la danse pour aller chercher une boisson gazeuse et des cigarettes. Finalement, après avoir essayé en vain d'avoir des relations sexuelles avec la victime, l'appelant l'a étranglée. La cause du décès est l'asphyxie par strangulation.

Au procès, l'avocat de la défense s'est appliqué à soulever un doute sur la question d'intention et n'a pas invoqué le «moyen de défense» d'aliénation mentale. Néanmoins, le juge du procès, M^{me} le juge Van Camp, a fait un exposé au jury sur l'aliénation mentale, quoique d'une façon vigoureusement contestée dans ce pourvoi. Le jury a déclaré l'appelant coupable de meurtre non qualifié et un appel a été rejeté sans motifs écrits, le juge Dubin étant dissident. Par la suite, ce dernier a rédigé de longs motifs de dissidence.

L'article 16 du *Code criminel* n'énonce pas un critère d'aliénation mentale mais, plutôt, les critères dont il faut tenir compte pour déterminer la responsabilité criminelle. Voici le texte de cet article:

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

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

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

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

The question raised by this appeal is whether there was evidence from which a properly charged jury could conclude, on a balance of probabilities, that the appellant had disease of the mind to an extent that rendered him incapable of appreciating the nature and quality of the act of which he was charged, or of knowing that it was wrong. "Wrong" means legally wrong: *Schwartz v. The Queen*². Before turning to the evidence adduced at trial, it will be convenient to consider this question at some length, for it raises two distinct legal issues fundamental to our defence of insanity under s. 16(2). First, the meaning to be ascribed to the phrase "disease of the mind", and second, the interpretation to be given the words "incapable of appreciating the nature and quality of an act".

I

Disease of the Mind

Let me say by way of commencement that, to date, the phrase "disease of the mind" has proven intractable, and has eluded satisfactory definition by both medical and legal disciplines. It is not a term of art in either law or psychiatry. Indeed, Glanville Williams (*Textbook of Criminal Law* at p. 592) says that the phrase is no longer in medical use. "It is a mere working concept, a mere abstraction, like sin." (Wily & Stallworthy, *Mental Abnormality and the Law* (1962) at p. 20.) Although the term expresses a legal concept and a finding is made according to a legal test, psychiatric knowledge is directly linked to the legal conclusion, for medical testimony forms part of the evidence on which the trier of fact must reach its decision. But medical and legal perspectives differ. The divergence in the two philosophies is identified

² [1977] 1 S.C.R. 673.

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

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

La question posée par ce pourvoi est de savoir si la preuve permettait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, d'après la prépondérance des probabilités, que l'appelant était atteint de maladie mentale à un point qui le rendait incapable de juger la nature et la qualité de l'acte dont il est inculpé, ou de savoir qu'il était mauvais. «Mauvais» signifie légalement mauvais: *Schwartz c. La Reine*². Avant d'examiner la preuve produite au procès, il convient de s'arrêter assez longuement sur ce point puisqu'il soulève deux questions juridiques distinctes qui sont fondamentales pour notre défense d'aliénation mentale en vertu du par. 16(2): premièrement, le sens à donner à l'expression «maladie mentale», et deuxièmement l'interprétation à donner à l'expression «incapable de juger la nature et la qualité d'un acte».

I

La maladie mentale

Permettez-moi de dire au départ que, jusqu'à maintenant, l'expression «maladie mentale» s'est révélée irréductible et que les disciplines médicales et juridiques n'ont pas réussi à la définir avec satisfaction. Ce n'est pas une expression technique du droit ni de la psychiatrie. En fait, Glanville Williams (*Textbook of Criminal Law* à la p. 592) dit que l'expression n'est plus utilisée en médecine. [TRADUCTION] «C'est un simple concept de travail, une simple abstraction, comme le péché.» (Wily & Stallworthy, *Mental Abnormality and the Law* (1962) à la p. 20.) Bien que l'expression énonce un concept juridique et que la conclusion découle d'un critère juridique, les connaissances psychiatriques sont directement liées à la conclusion juridique puisque le témoignage médical fait partie de la preuve sur laquelle le juge du fond doit

² [1977] 1 R.C.S. 673.

by Jerome Hall in "Psychiatry and Criminal Responsibility" (1956) 65 *Yale L.J.* 761 at p. 764:

"... we can easily perceive the perspective that psychiatry, and especially psycho-analysis, draws from them (the sciences). Since it purports to the rigorously scientific, it takes a determinist position. Its view of human nature is expressed in terms of drives and dispositions which, like mechanical forces, operate in accordance with the universal laws of causation. . . .

Its view (the criminal law) of human nature asserts the reality of free choice and rejects the thesis that the conduct of normal adults is a mere expression of imperious psychological necessity".

Even medical experts are not given to agreement when asked to define "disease of the mind". In "The Concept of Mental Disease in Criminal Law Insanity Tests" (1965-66) 33 *U. Chic. L.R.* 229, H. Fingarette illustrates the diversity in approach taken by psychiatric authorities in the quest for a definition of mental disease. He cites the following medical views, at p. 232-3:

- (1) There is no such medical entity as mental disease, or we would do well not to use the phrase.
- (2) Mental disease is psychosis but not neurosis.
- (3) Mental disease is any significant and substantial mental disturbance, or is any condition at all which is authoritatively dealt with by the psychiatrist or physician treating mental conditions.
- (4) Mental disease means substantial social maladaptation or incompetence or both as judged by legal criteria.
- (5) Mental disease is the failure to realize one's nature, capacities or true self.

He observes, at p. 238, that in spite of the inability of medical science to assist the law in reaching or agreeing upon a precise definition, the law is responsive to its different needs:

Nevertheless, it is crucial for our purposes to realize that the whole affair is initiated for legal purposes, that the definition is authoritatively formulated by lawmakers,

fonder sa décision. Mais les optiques juridique et médicale diffèrent. La divergence entre les deux philosophies est identifiée par Jerome Hall dans «Psychiatry and Criminal Responsibility» (1956) 65 *Yale L.J.* 761 à la p. 764:

[TRADUCTION] «... nous pouvons facilement percevoir l'optique que la psychiatrie, et plus particulièrement la psychanalyse, en tire (des sciences). Puisqu'elle prétend à la rigueur scientifique, elle prend une position déterministe. Sa conception de la nature humaine est exprimée en termes d'impulsions et d'inclinations qui, comme des forces mécaniques, agissent conformément aux lois universelles de causalité. . . .

Sa conception (celle du droit criminel) de la nature humaine fait valoir la réalité du libre choix et rejette la théorie que la conduite des adultes normaux est la simple expression d'une nécessité psychologique impérative.»

Même les experts médicaux ne s'entendent pas lorsqu'on leur demande de définir la «maladie mentale». Dans «The Concept of Mental Disease in Criminal Law Insanity Tests» (1965-66) 33 *U. Chic, L.R.* 229, H. Fingarette illustre les diverses façons dont les experts en psychiatrie abordent la recherche d'une définition de la maladie mentale. Il cite les opinions médicales suivantes, aux pp. 232-233:

- [TRADUCTION] (1) Il n'existe aucune entité médicale comme la maladie mentale, ou nous ferions bien de ne pas utiliser l'expression.
- (2) La maladie mentale est une psychose mais non une névrose.
- (3) La maladie mentale est tout trouble mental important et sérieux, ou toute affection impérativement soignée par des psychiatres ou médecins qui traitent les affections mentales.
- (4) Maladie mentale signifie une inadaptation ou une incapacité sociale importante, ou les deux, évaluée selon un critère juridique.
- (5) La maladie mentale est l'impuissance à reconnaître sa vraie nature, ses capacités ou sa vraie personnalité.

Il remarque, à la p. 238, qu'en dépit de l'incapacité de la science médicale d'aider le droit à parvenir à une définition précise ou à en accepter une, le droit est sensible à ses différents besoins:

[TRADUCTION] Néanmoins, il est crucial pour nos fins de se rendre compte que tout le débat est engagé à des fins juridiques, que la définition est impérativement

and that the fundamental grounds justifying the enterprise are largely non-medical.

In *R. v. Kemp*³, an oft-cited decision, the primary issue was whether arteriosclerosis came within the meaning of “disease of the mind”. Devlin J. agreed that there was an absence of medical opinion as to the categories of malfunction properly to be termed “diseases of the mind”, and rejected the idea that for legal purposes, a distinction should be made between diseases physical and mental in origin. In his view, arteriosclerosis is a disease of the mind and can provide a defence to a criminal charge. He reviewed the relationship between medical evidence and the legal conclusions to be drawn therefrom:

... Doctors' personal views, of course, are not binding on me. I have to interpret the rules according to the ordinary principles of interpretation, but I derive help from their interpretations inasmuch as they illustrate the nature of the disease and the matters which from the medical point of view have to be considered in determining whether or not it is a disease of the mind. (at p. 406)

In *Bratty v. A.-G. for Northern Ireland*⁴, Lord Denning agreed that the question of whether an accused suffers from a disease of the mind is properly resolved by the judge. He acknowledged that “the major mental diseases, which the doctors call psychoses ... are clearly diseases of the mind”, and that “any mental disorder which has manifested itself in violence and is prone to recur is a disease of the mind”. (at p. 412)

In the *Report of the Royal Commission on Capital Punishment (Eng.)* (1949-1953), one finds a useful contribution to the discussion of what is meant by the phrases “mental disease” and “disease of the mind”. The Report reads at p. 73:

... For us, therefore, mental disease is only one part of mental disorders of all kinds, and broadly corresponds to what are often called major diseases of the mind, or psychoses; although it may also arise in cases, such as those of epilepsy and cerebral tumour, which are not ordinarily regarded by doctors as psychotic. Among the psychoses are the conditions known as schizophrenia,

formulée par les législateurs et que les raisons fondamentales justifiant l'entreprise sont en grande partie non médicales.

Dans *R. v. Kemp*³, un arrêt souvent cité, la question principale était de savoir si l'artériosclérose relevait de la signification de «maladie mentale». Le juge Devlin a convenu qu'il n'y avait pas d'opinion médicale relativement aux catégories de dysfonctions à qualifier à proprement parler de «maladies mentales», et a rejeté l'idée que, pour des fins juridiques, il fallait faire une distinction entre les maladies d'origine physique et mentale. A son avis, l'artériosclérose est une maladie mentale et peut fournir un moyen de défense à une accusation criminelle. Il a examiné le rapport entre la preuve médicale et les conclusions juridiques à en tirer:

[TRADUCTION] «... Je ne suis évidemment pas lié par les opinions personnelles des médecins. Je dois interpréter les règles conformément aux principes ordinaires d'interprétation, mais leurs interprétations me sont utiles dans la mesure où elles illustrent la nature de la maladie et les questions qui, du point de vue médical, doivent être étudiées pour décider s'il s'agit ou non d'une maladie mentale». (à la p. 406)

Dans *Bratty v. A.-G. for Northern Ireland*⁴, lord Denning a convenu que la question de savoir si un accusé souffre de maladie mentale est à bon droit tranchée par le juge. Il a reconnu que [TRADUCTION] «les principaux troubles mentaux que les médecins appellent psychoses ... sont nettement des maladies mentales», et que [TRADUCTION] «tout désordre mental qui se manifeste par la violence et est enclin à se répéter est une maladie mentale». (à la p. 412)

Dans le *Report of the Royal Commission on Capital Punishment (Ang.)* (1949-1953), nous trouvons un apport utile à la discussion portant sur le sens des expressions «trouble mental» et «maladie mentale». Voici ce que dit le rapport à la p. 73:

[TRADUCTION] ... Donc, pour nous, le trouble mental est seulement une partie des différentes sortes de désordres mentaux et correspond en gros à ce que l'on désigne souvent par maladies mentales principales ou psychoses, bien qu'il puisse survenir parfois dans des cas tels que l'épilepsie et la tumeur cérébrale, qui ne sont ordinairement pas considérés comme psychotiques par les méde-

³ [1957] 1 Q.B. 399.

⁴ [1963] A.C. 386.

³ [1957] 1 Q.B. 399.

⁴ [1963] A.C. 386.

manic-depressive psychoses, and organic disease of the brain. Other conditions, not included under this term, are the minor forms of mental disorder—the neurotic reactions, such as neurasthenia, anxiety states and hysteria—and the disorders of development of the personality—psychopathic personality. We are aware that this classification will not be unconditionally endorsed by all psychiatrists, and that some would prefer to include under the term “disease of the mind” even the minor abnormalities we have referred to. We believe, however, that the nature of the distinction we have drawn will be clear to them, and will be acceptable to them as the basis for a discussion of criminal responsibility.

The classification advanced was arbitrary and recognized as being one which would not be acceptable to all psychiatrists. The passage cited makes it abundantly clear that “disease of the mind” can mean different things to different psychiatrists. To some, for example, it may include such things as neurasthenia, anxiety states, hysteria, and psychopathic personality. Others would exclude such disorders from the definition. It is equally manifest that in law some mental states may be recognized as possibly being within the definition, although, medically speaking, a psychiatrist might not so regard them. Hardening of the arteries is one example (*R. v. Kemp, supra*); psychomotor epilepsy (*R. v. O'Brien*⁵) is another. Thus to pose to a psychiatrist the bald question “Is D suffering from a disease of the mind?” and require a bald “yes” or “no” response really tells nothing because one is left in the dark as to the legal criteria applied.

Support for a broad and liberal legal construction of the words “disease of the mind” will be found in the writings of the renowned jurist, formerly Chief Justice of Australia, Sir Owen Dixon, who wrote:

The reason why it is required that the defect of reason should be “from disease of the mind”, in the classic phrase used by Sir Nicholas Tindal, seems to me no more than to exclude drunkenness, conditions of intense passion and other transient states attributable either to the fault or to the nature of man. In the advice delivered by Sir Nicholas Tindal no doubt the words “disease of

cins. Parmi les psychoses, nous retrouvons les affections connues sous le nom de schizophrénie, les psychoses maniaques-dépressives et les troubles organiques du cerveau. D'autres affections, non comprises dans cette expression, sont les formes mineures de désordres mentaux—les réactions névrotiques, telles la neurasthénie, les états d'anxiété et d'hystérie—et les troubles d'épanouissement de la personnalité—les personnalités psychopathiques. Nous sommes conscients que cette classification ne sera pas acceptée sans réserve par tous les psychiatres et que certains préféreraient inclure dans l'expression «maladie mentale» même les anomalies mineures dont nous avons parlé. Nous croyons, toutefois, que la nature de la distinction que nous avons faite leur paraîtra claire et qu'ils l'accepteront comme fondement d'une analyse de la responsabilité criminelle.

La classification proposée était arbitraire et on reconnaissait qu'elle ne serait pas acceptée par tous les psychiatres. Il ressort très clairement du passage cité que «maladie mentale» peut signifier différentes choses pour différents psychiatres. Pour certains, par exemple, elle peut comprendre des états tels la neurasthénie, les états d'anxiété, l'hystérie et la personnalité psychopathique. D'autres excluraient ces désordres de la définition. Il est également manifeste qu'en droit, on peut possiblement inclure certains états mentaux dans la définition bien que, du point de vue médical, un psychiatre puisse ne pas les considérer ainsi. Le durcissement des artères en est un exemple (*R. v. Kemp, précité*); l'épilepsie psychomotrice (*R. v. O'Brien*⁵), en est un autre. Ainsi, demander à un psychiatre la simple question «D souffre-t-il d'une maladie mentale?» et vouloir comme réponse un simple «oui» ou «non» ne dit vraiment rien parce que l'on ignore le critère juridique appliqué.

On trouve un appui à une interprétation large et libérale de l'expression «maladie mentale» dans les écrits de sir Owen Dixon, un juriste renommé, autrefois juge en chef de l'Australie, qui a écrit:

[TRADUCTION] La seule raison pour laquelle on exige que le trouble de la raison découle «d'une maladie mentale», dans l'expression classique employée par sir Nicholas Tindal, vise à mon avis à exclure l'ivresse, les états de passion violente et les autres états momentanés attribuables soit à la faute de l'homme ou à sa nature. Dans l'avis donné par sir Nicholas Tindal, sans aucun

⁵ [1966] 3 C.C.C. 288.

⁵ [1966] 3 C.C.C. 288.

the mind” were chosen because it was considered that they had the widest possible meaning. He would hardly have supposed it possible that the expression would be treated as one containing words of the law to be weighed like diamonds. I have taken it to include, as well as all forms of physical or material change or deterioration, every recognizable disorder or derangement of the understanding whether or not its nature, in our present state of knowledge, is capable of explanation or determination. (A Legacy of Hadfield, M’Naghten and Maclean, (1957) 31 A.L.J. 255 at 260). (Emphasis added.)

To the learned authors of Smith & Hogan *Criminal Law* (4th Ed) (1978) “It seems that any disease which produces a malfunction is a disease of the mind”. (at p. 164)

Recently, in Canada, the Ontario Court of Appeal contributed judicial direction in this area of the law, in the cases of *R. v. Rabey*⁶ and *R. v. Simpson*⁷, both of which were decided subsequent to the trial of the appellant. Judgment in *Rabey* postdates the decision of the Court of Appeal in the case at bar and is presently on appeal to this Court on an issue unrelated to those raised herein. Mr. Justice Martin, who wrote for the Court in both *Rabey* and *Simpson*, was not among the members of the Court who heard the *Cooper* appeal.

Simpson has greater significance for the present appeal. There, the accused appealed the finding of not guilty by reason of insanity on two charges of attempted murder. The facts, which indicate two incidents of stabbing, are not remarkable. As framed by Martin J.A., the issue was whether a personality disorder is a disease of the mind within the meaning of s. 16 of the *Code*. He held that, notwithstanding the psychiatric evidence, the question raised must be resolved as a question of law. But the legal position, as I understand it, is properly expressed in the following passage:

The term “disease of the mind” is a legal concept, although it includes a medical component, and what is meant by that term is a question of law for the judge . . . It is the function of the psychiatrist to describe the

⁶ (1977), 37 C.C.C. (2d) 461.

⁷ (1977), 35 C.C.C. (2d) 337.

doute l’expression «maladie mentale» a été choisie parce qu’on considèrerait sa signification comme la plus large possible. Il aurait difficilement pu imaginer que l’expression serait considérée comme contenant des termes de droit à peser comme des diamants. Je l’ai interprétée comme incluant, de même que toutes les formes de changements ou de détériorations physiques ou matérielles, tout désordre ou dérangement de la raison identifiable, que l’on puisse ou non, d’après nos connaissances actuelles, en expliquer ou en définir la nature. (A Legacy of Hadfield, M’Naghten and Maclean, (1957) 31 A.L.J. 255 à la p. 260). (C’est moi qui souligne.)

Pour les savants auteurs de Smith & Hogan, *Criminal Law* (4^e éd.) (1978) [TRADUCTION] «Il semble que toute maladie qui engendre une dysfonction est une maladie mentale». (à la p.164)

Récemment, au Canada, la Cour d’appel de l’Ontario a indiqué une voie aux tribunaux dans ce domaine du droit, dans les arrêts *R. v. Rabey*⁶ et *R. v. Simpson*⁷ qui ont été rendus après le procès de l’appelant. L’arrêt *Rabey* est postérieur à l’arrêt de la Cour d’appel en l’espèce et fait présentement l’objet d’un pourvoi devant cette Cour sur une question étrangère à celles qui se posent ici. Le juge Martin, qui a exprimé l’opinion de la Cour dans *Rabey* et *Simpson*, ne faisait pas partie des membres de la Cour qui ont entendu l’appel dans l’affaire *Cooper*.

Simpson présente plus d’importance pour le présent pourvoi. Dans cette affaire, l’accusé avait interjeté appel d’un verdict de non-culpabilité pour cause d’aliénation mentale sur deux accusations de tentative de meurtre. Les faits, qui révèlent deux incidents de coups de poignard, n’ont rien de particulier. Selon la formulation du juge Martin, la question en litige était de savoir si un trouble de la personnalité est une maladie mentale au sens de l’art. 16 du *Code*. Il a jugé qu’en dépit de la preuve psychiatrique, la question posée devait être tranchée comme une question de droit. Mais la situation juridique, telle que je la comprends, est correctement formulée dans le passage suivant:

[TRADUCTION] L’expression «maladie mentale» est une notion juridique bien qu’elle comporte un élément médical, et le sens de cette expression est une question de droit qui relève du juge . . . Il appartient au psychiatre

⁶ (1977), 37 C.C.C. (2d) 461.

⁷ (1977), 35 C.C.C. (2d) 337.

accused's mental condition and how it is considered from the medical point of view. It is for the judge to decide whether the condition described is comprehended by the term "disease of the mind". (at p. 349-50)

As a matter of practice, the trial judge can permit the psychiatrist to be asked directly whether or not the condition in question constitutes a disease of the mind. Concerning the controversy over the classification of a "psychopathic personality", Martin J.A. found implicit recognition in Canadian and British authorities for the proposition that such a disorder can constitute a disease.

The general principles, not in issue on the further appeal to this Court, were reiterated by Mr. Justice Martin in *R. v. Rabey*. Disease of the mind is a legal term. It is within the province of the judge to determine what mental conditions are within the meaning of that phrase and whether there is any evidence that an accused suffers from an abnormal mental condition comprehended by that term. More importantly, he held that if there is any evidence the accused did suffer such a disease in legal terms, the question of fact must be left with the jury.

I think Mr. Justice Dubin correctly characterizes the decision in *Simpson* as holding that "personality disorder" has been recognized as "being capable of constituting a 'disease of the mind,'" I share his view that "there is no reason to give a narrow or limited interpretation to the term 'disease of the mind,'" Admittedly, in *Simpson*, both of the psychiatrists stated that the personality disorder there in question did or could constitute a disease of the mind. While Martin J.A. in that case had little difficulty finding evidence that the appellant suffered from a "disease of the mind", the case foundered upon the second segment of s. 16(2). It should also be kept in mind that *Simpson* presented an odd situation in which the Crown successfully raised the insanity defence against the wishes of the accused, who appealed the verdict of not guilty by reason of insanity.

What is interesting in these two cases for our purposes is the maintenance of a clear distinction

de décrire l'état mental de l'accusé et d'exposer ce qu'il implique du point de vue médical. Il appartient au juge de décider si l'état décrit est compris dans l'expression «maladie mentale». (aux pp. 349 et 350)

En pratique, le juge du procès peut permettre que l'on demande directement au psychiatre si l'état en question constitue une maladie mentale. Pour ce qui est de la controverse portant sur la classification d'une «personnalité psychopathique», le juge Martin a trouvé dans la jurisprudence canadienne et anglaise une reconnaissance implicite de la proposition qu'un tel trouble peut constituer une maladie.

Les principes généraux, non en litige dans le pourvoi devant cette Cour, ont été réitérés par le juge Martin dans *R. v. Rabey*. Maladie mentale est une expression juridique. Il appartient au juge de déterminer quelles affections mentales relèvent de cette expression et si la preuve indique que l'accusé souffre d'un état mental anormal compris dans cette expression. Et, ce qui est encore plus important, il a jugé que si une preuve indiquait que l'accusé souffrait réellement d'une telle affection en termes juridiques, la question de fait doit être laissée à l'appréciation du jury.

Je crois que le juge Dubin a dit avec raison que l'arrêt *Simpson* décidait qu'un «trouble de la personnalité» a été reconnu comme «pouvant être une «maladie mentale»». Je partage son opinion que [TRADUCTION] «rien ne justifie que l'on donne une interprétation restreinte ou limitée à l'expression «maladie mentale»». Il est reconnu que, dans l'affaire *Simpson*, les deux psychiatres ont déclaré que le trouble de la personnalité en question constituait ou pouvait constituer une maladie mentale. Bien que le juge Martin y ait eu peu de difficultés à trouver des éléments de preuve que l'appelant souffrait de «maladie mentale», l'affaire s'est achoppée à la seconde partie du par. 16(2). Il faut également se rappeler que l'affaire *Simpson* présente une situation étrange où le ministère public a invoqué avec succès le moyen de défense d'aliénation mentale contre le gré de l'accusé, qui a interjeté appel du verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale.

Ce qui est intéressant dans ces deux affaires, aux fins qui nous intéressent, est le maintien d'une

between the weight to be given medical opinions expressed in evidence, however relevant, and the task of the trial judge to form an independent conclusion as to whether the mental condition falls within the legal concept.

In summary, one might say that in a legal sense "disease of the mind" embraces any illness, disorder or abnormal condition which impairs the human mind and its functioning, excluding however, self-induced states caused by alcohol or drugs, as well as transitory mental states such as hysteria or concussion. In order to support a defence of insanity the disease must, of course, be of such intensity as to render the accused incapable of appreciating the nature and quality of the violent act or of knowing that it is wrong.

Underlying all of this discussion is the concept of responsibility and the notion that an accused is not legally responsible for acts resulting from mental disease or mental defect. The principle was expressed long ago in Hawkins, *Pleas of the Crown* 1 (2d ed. 1724) where it is said:

The Guilt of offending against any Law whatsoever, necessarily supposing a wilful Disobedience can never justly be imputed to those, who are either incapable of understanding it, or of conforming themselves to it. . . . (at p. 1)

With great respect, in the case at bar the trial judge, in her charge to the jury, which I will discuss shortly, fell into error in that she confused the legal issue of whether the appellant's disorder could constitute disease of the mind with the factual issue of whether the appellant was suffering from disease of the mind at the relevant time. Once the evidence is sufficient to indicate that an accused suffers from a condition which could in law constitute disease of the mind, the judge must leave it open to the jury to find, as a matter of fact, whether the accused had disease of the mind at the time the criminal act was committed. The more troublesome issue, where a defence of insanity has been pleaded, concerns the second criterion to be applied in determining criminal responsibility. As Martin J.A. pointed out in *Rabey*:

distinction nette entre le poids à accorder aux opinions médicales données en preuve, quelle que soit leur pertinence, et la tâche du juge du procès de tirer une conclusion indépendante sur la question de savoir si l'état mental relève de la notion juridique.

En bref, on pourrait dire qu'au sens juridique, «maladie mentale» comprend toute maladie, tout trouble ou tout état anormal qui affecte la raison humaine et son fonctionnement à l'exclusion, toutefois, des états volontairement provoqués par l'alcool ou les stupéfiants, et des états mentaux transitoires comme l'hystérie ou la commotion. Afin d'appuyer une défense d'aliénation mentale, la maladie doit, bien sûr, être d'une intensité telle qu'elle rende l'accusé incapable de juger la nature et la qualité de l'acte violent ou de savoir qu'il est mauvais.

Le concept de la responsabilité et la notion qu'un accusé n'est pas légalement responsable des actes résultant d'un trouble mental ou d'une affection mentale sont sous-jacents à la présente analyse. Le principe a été formulé il y a longtemps dans Hawkins, *Pleas of the Crown* 1 (2^e éd. 1724):

[TRADUCTION] La culpabilité d'avoir enfreint une loi quelle qu'elle soit, laissant nécessairement présumer une désobéissance volontaire, ne peut jamais être imputée à bon droit à ceux qui sont incapables de la comprendre ou de s'y conformer . . . (à la p. 1)

Avec égards, dans son exposé au jury, que j'examinerai sous peu, le juge du procès a commis une erreur en l'espèce en ce qu'elle a confondu la question juridique de savoir si le trouble de l'appellant pouvait constituer une maladie mentale et la question de fait de savoir si l'appellant souffrait d'une maladie mentale au moment pertinent. Dès qu'il y a preuve suffisante qu'un accusé souffre d'un état qui, en droit, pourrait constituer une maladie mentale, le juge doit laisser le jury décider, en tant que question de fait, si l'accusé était atteint de maladie mentale au moment de la perpétration de l'acte criminel. La question la plus difficile, lorsque l'aliénation mentale est invoquée comme moyen de défense, concerne le second critère à appliquer pour déterminer la responsabilité criminelle. Comme l'a dit le juge Martin dans *Rabey*:

In many, if not most cases involving the defence of insanity, the question whether the accused suffered from a disease of the mind is not the critical issue; the pivotal issue is whether a condition which, admittedly, constitutes a disease of the mind rendered the accused incapable of appreciating the nature and quality of the act or knowing that it was wrong. (at p. 474)

The real question in this case, in my view, is not whether the accused was suffering from a disease of the mind, but whether he was capable of appreciating the nature and quality of the act. The second question ought to have been left to the jury in clear terms.

II

Appreciate

In contrast to the position in England under the M'Naghten rules, where the words used are "knows the nature and quality of his act", s. 16 of the *Code* uses the phrase "appreciating the nature and quality of an act or omission". The two are not synonymous. The draftsman of the *Code*, as originally enacted, made a deliberate change in language from the common law rule in order to broaden the legal and medical considerations bearing upon the mental state of the accused and to make it clear that cognition was not to be the sole criterion. Emotional, as well as intellectual, awareness of the significance of the conduct, is in issue. The *Report of the Royal Commission on Law of Insanity as a Defence in Criminal Cases (McRuer Report)* (Canada, Queen's Printer, 1956) contains a useful discussion on the point:

The word "appreciating", not being a word that is synonymous with "knowing", requires far-reaching legal and medical consideration when discussing Canadian law. It had its origin in the Stephen Draft Code. Not infrequently judicial reference is made to the New Oxford Dictionary for the definition of words used in Canadian statutes. The New Oxford Dictionary gives five different uses of the word "appreciate", depending on the context. The one applicable to this statute is

"2. To estimate aright, to perceive the full force of.

[TRADUCTION] Dans un grand nombre de cas, sinon la plupart, où l'aliénation mentale est invoquée comme moyen de défense, la question de savoir si l'accusé souffrait d'une maladie mentale n'est pas la question cruciale; la question déterminante est de savoir si un état qui, de l'avis de tous, constitue une maladie mentale rendait l'accusé incapable de juger la nature et la qualité de l'acte ou de savoir qu'il était mauvais. (à la p. 474)

A mon avis, la vraie question en l'espèce n'est pas de savoir si l'accusé souffrait d'une maladie mentale, mais de savoir s'il était capable de juger la nature et la qualité de l'acte. Cette seconde question aurait dû être soumise en termes clairs à l'appréciation du jury.

II

Juger

Contrairement à la situation qui prévaut en Angleterre en vertu des règles M'Naghten, où les mots employés sont [TRADUCTION] «connaît la nature et la qualité de son acte», l'art. 16 du *Code* emploie l'expression «juger la nature et la qualité d'un acte ou d'une omission». Ce ne sont pas des synonymes. Les rédacteurs du *Code* ont, dans leur texte initial, délibérément modifié les termes de la règle de *common law* afin d'élargir les considérations juridiques et médicales portant sur l'état mental de l'accusé et d'exprimer clairement que la connaissance ne devait pas être le seul critère. La conscience émotionnelle, aussi bien qu'intellectuelle, de la conséquence de la conduite est en question. Le *Rapport de la Commission royale sur la défense d'aliénation mentale en matière criminelle (Rapport McRuer)* (Canada, Imprimeur de la Reine, 1956) contient une analyse utile de la question:

Le mot «juger» («appreciating»), n'étant pas synonyme de «connaître» («knowing»), exige un examen de grande portée aux points de vue juridique et médical lorsqu'on étudie la loi canadienne. Ce mot vient du *Stephen Draft Code*. Assez souvent, les tribunaux citent la définition que donne le «New Oxford Dictionary» de mots employés dans les lois canadiennes. Ce dictionnaire donne cinq différentes acceptions du mot «appreciate», selon le contexte. Celle qui s'applique à la loi en cause est ainsi conçue:

[TRADUCTION] «2. Bien juger, percevoir toute la portée de.

b. esp. to be sensitive to, or sensible of, any delicate impression or distinction.

Until the truth of any thing . . . be appreciated, its error, if any, cannot be detected."

An examination of the civil law of England and Canada shows that there is an important difference between "know" or "knowledge" on the one hand and "appreciate" or "appreciation" on the other when used and applied to a given set of circumstances. This is best illustrated by the principles of law underlying those cases in which the maxim *volenti non fit injuria* is involved. There is a clear distinction between mere knowledge of the risk and appreciation of both the risk and the danger. (at p. 12)

To "know" the nature and quality of an act may mean merely to be aware of the physical act, while to "appreciate" may involve estimation and understanding of the consequences of that act. In the case of the appellant, as an example, in using his hands to choke the deceased, he may well have known the nature and quality of that physical act of choking. It is entirely different to suggest, however, that in performing the physical act of choking, he was able to appreciate its nature and quality in the sense of being aware that it could lead to or result in her death. In the opinion of the medical expert who testified at the trial, the appellant could have been capable of intending bodily harm and of choking the girl, but not of having intended her death.

Our *Code* postulates an independent test, requiring a level of understanding of the act which is more than mere knowledge that it is taking place; in short, a capacity to apprehend the nature of the act and its consequences. The position in law is well expressed in the *McRuer Report* at p. 12:

Under the Canadian statute law a disease of the mind that renders the accused person incapable of an appreciation of the nature and quality of the act must necessarily involve more than mere knowledge that the act is being committed, there must be an appreciation of the factors involved in the act and a mental capacity to measure and foresee the consequences of the violent conduct.

b. surtout: être sensible à; être conscient d'une impression ou distinction délicate, l'apprécier, s'en rendre compte.

«Tant qu'on n'a pas jugé la vérité d'une chose, l'erreur, s'il en est, ne peut être découverte.»

Lorsqu'on examine le droit civil d'Angleterre et celui du Canada, on constate qu'il existe une importante différence entre «connaître» («know») ou «connaissance», d'une part, et «juger» («appreciate») ou «jugement», d'autre part, lorsque ces termes sont utilisés par rapport à un certain jeu de circonstances et s'y appliquent. Le meilleur exemple qu'on en puisse trouver existe dans les principes de droit qui servent de base aux causes où le dicton «volenti non fit injuria» est en jeu. Il y a une différence bien nette entre la simple connaissance du risque et l'appréciation du risque et du danger à la fois. (à la p. 12)

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

Notre *Code* donne un critère indépendant qui exige un niveau de compréhension de l'acte supérieure à la simple connaissance de l'accomplissement de l'acte; en bref, une capacité de comprendre la nature de l'acte et ses conséquences. La position en droit est bien formulée dans le *Rapport McRuer* à la p. 12:

Sous le régime du droit statutaire canadien, une affection mentale qui rend l'accusé incapable de juger la nature et la qualité de l'acte doit nécessairement comporter plus qu'une simple connaissance de l'accomplissement de l'acte; il doit y avoir une appréciation des éléments que comporte l'acte et une capacité mentale de mesurer et de prévoir les conséquences de la conduite violente.

It should be noted that the issue of appreciation of the nature and quality of the act was not before this Court in *Schwartz v. The Queen* (*supra*). The sole issue was the meaning of the word “wrong”. The decision in *Schwartz* should not be taken as authority for the proposition that “appreciating” the nature and quality of an act is synonymous with “knowing” the physical character of that act.

The test proposed in the *McRuer Report*, which I would adopt, (save for deletion of the word “fully” in the fourth line) is this:

The true test necessarily is, was the accused person at the very time of the offence—not before or after, but at the moment of the offence—by reason of disease of the mind, unable fully to appreciate not only the nature of the act but the natural consequences that would flow from it? In other words was the accused person, by reason of disease of the mind, deprived of the mental capacity to foresee and measure the consequences of the act? (at p. 13)

The legally relevant time is the time when the act was committed.

In *R. v. O'Brien* (*supra*) Ritchie J.A. referred to the *McRuer Report* and stated at pp. 301-2: “If an accused person is to be deprived of the protection of s. 16, he must, at the time of committing the offence, have had an appreciation of the factors involved in his act and the mental capacity to measure and foresee the consequences of it.” (His emphasis.)

In the *Simpson* decision, Martin J.A. offered the view that s. 16(2) exempts from liability an accused who, due to a disease of the mind, has no real understanding of the nature, character and consequences of the act at the time of its commission. I agree. With respect, I accept the view that the first branch of the test, in employing the word “appreciates”, imports an additional requirement to mere knowledge of the physical quality of the act. The requirement, unique to Canada, is that of perception, an ability to perceive the consequences, impact, and results of a physical act. An accused may be aware of the physical character of his action (i.e., in choking) without necessarily having the capacity to appreciate that, in nature and quality, that act will result in the death of a

Il faut remarquer que la question d’appréciation de la nature et de la qualité de l’acte ne se posait pas devant cette Cour dans l’affaire *Schwartz c. La Reine*, (précitée). La seule question était la signification du mot «mauvais». L’arrêt *Schwartz* ne devrait pas être interprété comme appuyant la proposition que «juger» la nature et la qualité d’un acte est synonyme d’en «connaître» l’aspect matériel.

Le critère proposé dans le *Rapport McRuer*, que j’adopterai, (sauf pour la suppression du mot «tout à fait» à la cinquième ligne) est le suivant:

Le vrai test est nécessairement cette question: L’accusé, au moment de l’infraction—non avant ni après, mais au moment de l’infraction—à cause d’une affection mentale, était-il incapable d’apprécier tout à fait, non seulement la nature de l’acte, mais les conséquences naturelles qui en découleraient? En d’autres termes, l’accusé, à cause d’une affection mentale, était-il privé de la faculté de prévoir et de mesurer les conséquences de l’acte? (à la p. 13)

Du point de vue juridique, le moment pertinent est celui de la perpétration de l’acte.

Dans *R. v. O'Brien* (précité), le juge Ritchie de la Cour d’appel a mentionné le *Rapport McRuer* et dit aux pp. 301 et 302: [TRADUCTION] «Si un accusé doit être privé de la protection de l’art. 16, il doit, au moment où il a commis l’infraction, avoir pu apprécier les éléments que comportait son acte et avoir eu la faculté d’en mesurer et d’en prévoir les conséquences.» (C’est lui qui souligne.)

Dans l’arrêt *Simpson*, le juge Martin a émis l’opinion que le par. 16(2) exonère de responsabilité un accusé qui, en raison d’une maladie mentale, n’a aucune compréhension réelle de la nature, du caractère et des conséquences de l’acte au moment de sa perpétration. Je suis d’accord. Avec égards, j’accepte l’opinion qu’en employant le mot «juger», la première partie du critère introduit une exigence qui s’ajoute à la simple connaissance de la qualité matérielle de l’acte. L’exigence, propre au Canada, est celle de la perception, une capacité de percevoir les conséquences, les répercussions et les résultats d’un acte matériel. Un accusé peut être conscient de l’aspect matériel de son acte (c.-à-d., la strangulation) sans nécessairement pouvoir juger que, par sa nature et sa qualité, cet acte

human being. This is simply a restatement, specific to the defence of insanity, of the principle that *mens rea*, or intention as to the consequences of an act, is a requisite element in the commission of a crime.

III

Evidence—non-medical

It will now be convenient to turn to the evidence because, as I understand him, counsel for the Crown concedes that if there was sufficient evidence to go to the jury on the question of insanity, the trial judge failed to deal adequately with insanity in her charge and effectively withdrew the insanity defence from the jury.

It is important to observe, at the outset, that the trial judge did charge the jury on insanity although, as I have stated, the defence was not raised by the appellant's counsel. The judge felt the evidence sufficient to warrant an instruction to the jury on the issue, whatever the posture of defence counsel. In my opinion, she was correct in doing so, having regard to the evidence upon this issue, which I will now endeavour to summarize.

The Crown adduced evidence that before 7:00 p.m. on the night in question, a resident nursing assistant present at the church where the dance was being held, addressed the appellant upon his arrival. The appellant had a "faraway", "dazed", "blank" look in his eyes and appeared unresponsive. The appellant's father testified that he received a phone call at approximately 8:15 p.m. from his son, who seemed excited and out of breath. The appellant, trying to speak quickly, was having difficulty "getting his words out". He told his father, "Hello dad, how are you doing? Dad I just killed somebody . . . on James Street mountain steps . . . I was coming down the steps and thought somebody was following me . . . I jumped over the railing . . . I jumped out and grabbed hold of them". In response to the question ("is he dead?") the appellant said, "Yes. I felt for a heartbeat and a pulse. I dragged her out in the bushes".

entraînera la mort d'un être humain. Il s'agit simplement d'une réitération, propre à la défense d'aliénation mentale, du principe que la *mens rea*, ou l'intention relativement aux conséquences d'un acte, est un élément nécessaire dans la perpétration d'un crime.

III

La preuve non médicale

Il convient maintenant d'examiner la preuve parce que, si je le comprends bien, le substitut du procureur général admet que s'il y avait suffisamment de preuves pour soumettre au jury la question de l'aliénation mentale, le juge du procès n'en a pas traité adéquatement dans son exposé et a en fait retiré au jury la défense d'aliénation mentale.

Il importe de remarquer au départ que le juge du procès a donné des directives au jury sur l'aliénation mentale bien que, comme je l'ai dit, ce moyen de défense n'ait pas été invoqué par l'avocat de l'appelant. Le juge était d'avis que la preuve était suffisante pour justifier des directives sur la question, quelle que soit la position de l'avocat de la défense. A mon avis, elle a eu raison d'agir ainsi, compte tenu de la preuve sur ce point que j'essaierai maintenant de résumer.

Le ministère public a produit la preuve qu'avant 19h le soir en question, une aide-infirmière interne présente à l'église où avait lieu la danse a parlé à l'appelant à son arrivée. L'appelant avait un regard «vague», «hébété», «vide» et semblait apathique. Le père de l'appelant a témoigné qu'il a reçu, vers 20h15, un appel téléphonique de son fils qui semblait excité et essoufflé. L'appelant qui essayait de parler rapidement éprouvait de la difficulté à «s'exprimer». Il a dit à son père [TRADUCTION] «Allô papa, comment ça va? Papa, je viens de tuer quelqu'un . . . sur la montée de la rue James . . . je descendais les escaliers et j'ai vu que quelqu'un me suivait . . . j'ai sauté par-dessus la rampe . . . j'ai sauté en bas et je les ai attrapés». A la question [TRADUCTION] («est-il mort?») l'appelant a répondu [TRADUCTION] «Oui. J'ai essayé de sentir le battement du cœur et le pouls. Je l'ai traînée dans les buissons».

Constable Slote of the Hamilton Police Force testified that he received a call at 8:39 p.m. from the appellant, who attested to having "just seen a murder". The conversation was recorded on the police dispatcher:

I seen somebody kill a girl. I don't know if he dragged her in the bushes or not . . . I was just coming down the James Street stairs and I heard a screams (sic), I don't know, I'd just turned around and seen somebody grab some girl and drag her into the bushes . . . I don't know, you know, if she's dead or alive or what.

Slote considered it a crank call, as there was a lack of emotion in the caller's voice. A police cruiser despatched to the phone booth and thereafter to Cooper's apartment, was unable to locate the appellant.

The deceased was discovered the following morning, October 9, in the bushes near the James Street steps. Her upper body and part of her face were covered by her jacket and her brassiere, unfastened, was in place. Her slacks, also unfastened, were about her hips. Soil and leaves adhered to her back. There was no evidence of sexual intercourse. However, she had been undressed and an attempt made to redress her. There was no evidence of struggle and the deceased was neither battered nor badly bruised. Her strangulation was by hand, without the use of a rope or weapon.

At 11:35 a.m. that morning, the appellant was apprehended and detained by police officers until 12:10 p.m., at which time an interrogation commenced. At the time he was true to his story of having seen a murder committed by another person. To both officers in attendance, the appellant appeared mentally slow and spoke slowly.

The officers left the appellant to continue the investigation and returned to the interview at 7:25 p.m. Upon confronting him with additional facts and indicating that he would be charged with murder, the appellant said, "Hold it. Hold it. I didn't mean to kill her". The appellant offered to give a full statement (which I have paraphrased, except where in quotes):

I went to the church and bumped into Denise Hobbs. " . . . we went for a walk down the James Street stairs

L'agent Slote de la police de Hamilton a témoigné qu'à 20h39, il a reçu un appel de l'appellant qui déclarait avoir [TRADUCTION] «vu à l'instant un meurtre». La conversation a été enregistrée:

[TRADUCTION] J'ai vu quelqu'un tuer une fille. Je ne sais pas s'il l'a traînée dans les buissons ou non . . . Je descendais les escaliers de la rue James et j'ai entendu des cris, je ne sais pas, je me suis retourné et j'ai vu quelqu'un saisir une fille et la traîner dans les buissons . . . Je ne sais pas, vous savez, si elle est morte ou vivante ou quoi.

Slote a cru qu'il s'agissait d'une fausse alerte, vu l'absence d'émotion dans la voix de la personne qui appelait. Une patrouille de police envoyée à la cabine téléphonique et ensuite à l'appartement de Cooper n'a pas réussi à trouver l'appellant.

La victime a été découverte le matin suivant, le 9 octobre, dans les buissons près de la montée de la rue James. La partie supérieure de son corps et une partie de son visage étaient recouvertes par sa veste, et son soutien-gorge dégrafé était en place. Son pantalon, également dégrafé, était au niveau de ses hanches. Elle avait de la terre et des feuilles collées au dos. Il n'y avait aucune preuve de relations sexuelles. Cependant, elle avait été déshabillée et on avait tenté de la rhabiller. Il n'y avait aucune preuve de résistance et la victime n'avait été ni battue ni gravement meurtrie. Elle a été étranglée avec les mains, sans corde ni arme.

A 11h35 ce matin-là, l'appellant a été arrêté et détenu par les agents de police jusqu'à 12h10, heure à laquelle l'interrogatoire a commencé. A ce moment, il a répété son histoire, qu'il avait vu une autre personne commettre un meurtre. Pour les deux agents présents, l'appellant a semblé lent à comprendre et il parlait lentement.

Les agents ont quitté l'appellant pour poursuivre l'enquête et ont repris l'entrevue à 19h25. Après qu'on lui eut présenté des faits additionnels et qu'on lui eut fait savoir qu'il serait accusé de meurtre, l'appellant a dit [TRADUCTION] «Un instant. Un instant. Je ne voulais pas la tuer». L'appellant a offert de faire une déclaration complète (que j'ai paraphrasée, sauf pour ce qui est entre guillemets):

Je suis allé à l'église et je suis tombé sur Denise Hobbs. « . . . nous sommes partis et avons descendu les escaliers

then I kissed her then she wanted to go back up then I grabbed her around the throat and choked her with my hands. Then I got scared and tried to feel for a pulse or something and got none so I ran downstairs for a phone booth.

... we were in the bushes standing up, I kissed her and I grabbed her around the throat and choked her I was afraid she would go back and tell them I was kissing her. (Emphasis added)

The appellant did testify at trial. Defence counsel attempted to establish a lack of intention to commit the murder, supported by the evidence of the appellant's intoxication and susceptibility to abnormal behavior.

The appellant was 31 years of age. His father, Albert Cooper, testified that as a young boy the appellant was subject to seizures, convulsions and sudden mood changes—he would quickly become very excited for no apparent reason, and then quickly calm down. Often the appellant would seem to be “far away” and “his mind was elsewhere”. Sometimes he would have blackouts and fall down. He heard things which were not there to be heard. His condition worsened as he got older. The appellant was first seen by psychiatrists at age seven. At age ten or twelve, he was treated for auditory hallucinations. He experienced a great deal of difficulty at school and at age 16 had progressed only as far as the 5th grade at a trade school. He held a series of menial jobs from which he was discharged after short periods of time. In his testimony, the appellant stated that he had been admitted to the Hamilton Psychiatric Hospital in 1965 (it was in fact in 1962) and remained until 1971, after which time he was an outpatient and still had contact with the doctors at the hospital. He married in April, 1972 (he had met his wife at the Psychiatric hospital) and had two children. He returned to the hospital for a period of fifteen days in 1974.

IV

Evidence—medical

Medical evidence relating to the appellant's mental and behavioral problems is offered in the

de la rue James, je l'ai alors embrassée, alors elle a voulu remonter, alors je l'ai saisie à la gorge et je l'ai étouffée avec mes mains. Ensuite j'ai eu peur et j'ai essayé de prendre son pouls ou quelque chose et il n'y en avait pas; alors j'ai dévalé les escaliers jusqu'à une cabine téléphonique.

... nous étions debout dans les buissons, je l'ai embrassée et je l'ai saisie à la gorge et je l'ai étouffée j'avais peur qu'elle retourne leur dire que je l'avais embrassée. (C'est moi qui souligne)

L'appelant a témoigné au procès. L'avocat de la défense a essayé d'établir l'absence d'intention de commettre le meurtre, en s'appuyant sur la preuve de l'ivresse de l'appelant et sa prédisposition à un comportement anormal.

L'appelant était âgé de trente et un ans. Son père, Albert Cooper, a témoigné que lorsqu'il était jeune garçon l'appelant était sujet à des attaques d'apoplexie, des convulsions et des sautes d'humeur—il devenait rapidement très excité sans aucune raison apparente, puis il se calmait rapidement. Souvent l'appelant semblait «distrainé» et «son esprit était ailleurs». Parfois il perdait connaissance et tombait. Il entendait des choses que personne n'entendait. Son état s'est aggravé avec les années. L'appelant a été examiné pour la première fois par des psychiatres à l'âge de sept ans. A l'âge de dix ou douze ans, il a été traité pour hallucinations auditives. Il a éprouvé beaucoup de difficultés à l'école et à l'âge de seize ans, il n'était parvenu qu'en cinquième année à l'école de métiers. Il a occupé une série d'emplois subalternes desquels il était rapidement remercié. Dans son témoignage, l'appelant a déclaré avoir été admis au Hamilton Psychiatric Hospital en 1965 (c'était en fait en 1962) et y être demeuré jusqu'en 1971, après quoi il est devenu un patient en consultation externe et demeurait en rapport avec les médecins de l'hôpital. Il s'est marié en avril 1972 (il avait rencontré son épouse à l'hôpital psychiatrique) et a deux enfants. Il est retourné à l'hôpital pour une période de quinze jours en 1974.

IV

La preuve médicale

Le témoignage du Dr Sim nous offre la preuve médicale relative aux problèmes mentaux et aux

testimony of Dr. Sim. I think it useful to break down his evidence, reorganized slightly from the sequence in which it was given at trial, as follows:

(a) General history—

The hospital records indicated that the appellant was first seen at age seven, as he was failing at school and exhibited disturbing behavior. A condition of borderline mental deficiency was diagnosed at that time. He was re-examined at age eight and described as being wild, hyperactive and having a poor sense of reality. At ten, an abnormal EEG reading was discovered upon examination for his problem of narcolepsy (sleep seizures). At eleven, further IQ testing disclosed borderline deficiency and at age twelve, the appellant was treated by a psychiatrist for mental confusion and auditory hallucinations. He was admitted to the Hamilton Psychiatric Hospital as a young man and diagnosed as “without psychosis—borderline intelligence”. In 1965 his condition was described as “psychosis with mental deficiency”. Dr. Sim described psychosis in this way:

“Psychosis, basically, involves a break with reality in which the person may or may not be confused, and have other symptoms like hallucinations of his hearing, seeing, tasting, or smelling, feeling things that are not actually around, or can have such symptoms as delusions. And delusion is usually described as a false belief which cannot be changed by persuasion and/or reason.”

In 1965 there was a bizarre episode wherein the appellant was reported to have swallowed part of a lighter, his belt buckle, buttons from his clothing and a zipper from his trousers. In 1967 he swallowed part of a disassembled cigarette lighter. In 1967 he was re-diagnosed as “mental deficiency without psychosis”. Since, he has also been described medically as having “personality disorder, anti-social type with borderline mental retardation”. Other evidence indicated that the appel-

problèmes de comportement de l'appelant. Il est utile, je crois, de diviser son témoignage, en modifiant légèrement l'ordre dans lequel il a été donné au procès:

a) les antécédents—

Les dossiers de l'hôpital indiquent que l'appelant a d'abord été examiné à l'âge de sept ans, puisqu'il échouait à l'école et faisait preuve d'un comportement troublant. A ce moment, le diagnostic avait été un état à la limite de la déficience mentale. Suite à un nouvel examen à l'âge de huit ans, on l'a décrit comme sauvage, hyperactif et ayant un sens faible de la réalité. A l'âge de dix ans, un tracé d'électroencéphalogramme anormal a été découvert lors d'un examen relatif à son problème de narcolepsie (accès de sommeil). A l'âge de onze ans, une autre évaluation du QI a révélé un état à la limite de la déficience et, à l'âge de douze ans, l'appelant a été traité par un psychiatre pour confusion mentale et hallucinations auditives. Il a été admis au Hamilton Psychiatric Hospital alors qu'il était un jeune homme et le diagnostic posé était [TRADUCTION] «sans psychose—intelligence limite». En 1965, son état a été décrit comme «psychose avec déficience mentale». Le Dr Sim a décrit comme suit la psychose:

[TRADUCTION] «Au fond, la psychose implique une rupture avec la réalité qui peut provoquer ou non un état de confusion et la personne peut avoir d'autres symptômes tels que des hallucinations de l'ouïe, du goût, de l'odorat, la sensation de choses qui n'existent pas vraiment, ou peut avoir des symptômes tels que des illusions. Et l'illusion est normalement décrite comme une fausse croyance que l'on ne peut changer par la persuasion et/ou par la raison.»

En 1965, s'est produit un événement bizarre pendant lequel l'appelant a, selon un rapport, avalé une partie d'un briquet, la boucle de sa ceinture, des boutons de ses vêtements et une fermeture éclair de son pantalon. En 1967, il a avalé une partie d'un briquet démonté. En 1967 le diagnostic était à nouveau [TRADUCTION] «déficience mentale sans psychose». Depuis, il a également été décrit comme ayant [TRADUCTION] «un trouble de la personnalité, un comportement antisocial à la

lant was released from the hospital in 1971 and returned subsequently in 1974 for a period of 15 days.

(b) Electroencephalogram—

Dr. Sim reviewed the medical history of abnormal brainwave patterns (electrical discharges from the brain). All such tests (from March 1962 to June 1974) showed generalized abnormality, and in one or two of the EEG tests, there was abnormality in brainwaves from the temporal lobe. However, the EEG tests were suggestive, at most of an “epileptic diathesis” (tendency or propensity to epilepsy, without necessarily resulting in seizures). Dr. Sim could only say that it is possible that Cooper could experience epileptic seizures.

(c) Intelligence—

The appellant’s intellectual ability was measured on a number of occasions according to the full-scale intelligence quotient. His IQ ranged from 69 to 79, and was usually between 71 and 79. The normal IQ reading is in the region of 90 to 110. In Dr. Sim’s opinion, the appellant is of borderline intelligence (i.e., bordering on retardation or classification as an “outright mentally defective person”). The change-over is at an IQ of 70. To quote the doctor:

“... in summary (that) we are dealing with a male who has shown evidence of breaking with reality in the past. He has a long history of unstable, aggressive and inadequate behavior. He was unable to adjust at school, academically, socially, economically, in his marriage. He has some brainwave abnormalities which could more readily make this man more irritable and aggressive by alcohol than a person without these abnormalities. He is also of limited intelligence, having a borderline to high-grade defective level of IQ. Putting all this together, and bringing the stress—the fact that he was under stress financially and so forth, plus the alcohol and under the circumstances which are described as having occurred at the time, it would be my opinion that he would be in such a state of clouded consciousness that he would not be able to form the intent to kill.”

limite de l’arriération mentale». D’autres preuves indiquent que l’appelant a obtenu son congé de l’hôpital en 1971 et qu’il y est retourné par la suite en 1974 pour une période de 15 jours.

b) l’électro-encéphalogramme—

Le Dr Sim a passé en revue les antécédents médicaux du tracé électro-encéphalographique anormal (ondes de l’activité électrique cérébrale). Tous ces examens (de mars 1962 à juin 1974) indiquent une anomalie généralisée, et dans l’un ou deux des examens, il y avait une anomalie du tracé électro-encéphalographique du lobe temporal. Cependant, les examens semblaient indiquer tout au plus une «diathèse épileptique» (tendance ou prédisposition à l’épilepsie, sans nécessairement entraîner d’attaques). Le Dr Sim a pu seulement dire qu’il était possible que Cooper puisse avoir des attaques d’épilepsie.

c) l’intelligence—

Les facultés intellectuelles de l’appelant ont été mesurées plusieurs fois conformément à l’examen complet du quotient intellectuel. Son QI variait de 69 à 79 et se situait généralement entre 71 et 79. Un QI normal varie de 90 à 110. De l’avis du Dr Sim, l’appelant a une intelligence limite (c.-à-d., à la limite de l’arriération mentale ou de la classification comme «arriéré mental complet»). La mutation se produit à un QI de 70. Pour citer le médecin:

[TRADUCTION] «... en bref (que) nous parlons d’un homme qui a manifestement eu des ruptures avec la réalité dans le passé. Il a de longs antécédents de comportement instable, agressif et inadéquat. Il ne parvenait pas à s’adapter à l’école, scolairement, socialement, économiquement, dans son mariage. Le tracé de son électro-encéphalogramme révèle des anomalies qui feraient que l’alcool pourrait facilement rendre cet homme plus irritable et agressif qu’une personne sans ces anomalies. Il a, également, une intelligence limitée, son QI se situant à la limite d’une déficience très prononcée. Si l’on réunit tout cela, et que l’on y ajoute la tension—le fait qu’il avait des difficultés financières etc., l’alcool et les autres circonstances qu’on a dit s’être présentées à l’époque, je suis d’avis que sa conscience était tellement embrouillée qu’il était incapable de former l’intention de tuer.»

Dr. Sim agreed with the diagnosis of other psychiatrists of March 26, 1976, that the appellant had "personality disorder, mixed type, showing schizoid, anti-social, explosive and inadequate features, borderline mental retardation". However, on direct examination, Dr. Sim was of the view that at the time of the killing, the appellant was not suffering from psychosis and in response to a question posed by the judge, he answered that at the time of the offence, the appellant was not suffering from a disease of the mind.

(d) Intention—

Dr. Sim expressed the opinion that although the appellant probably knew he was causing bodily harm, he was incapable of forming an intent to kill, and he could not have known that any harm he was causing might result in death.

At the conclusion of Dr. Sim's evidence, the following questions were asked and answers given:

HER LADYSHIP: Dr. Sim, there are two questions in my mind arising from the evidence that I would like to put to you for your assistance, if possible.

THE WITNESS: Yes, My Lady?

HER LADYSHIP: The first one is, can you tell me whether the accused had a disease of the mind?

THE WITNESS: In my opinion, My Lady, at the time of the alleged offence, I do not think that this man was suffering with a disease of the mind.

HER LADYSHIP: The second question is this: I think you said that he had the capacity to form the intent to cause harm?

THE WITNESS: Yes.

HER LADYSHIP: If he had the capacity to form that intent, would he have the capacity to know that any harm he might intend would be likely to cause death?

THE WITNESS: No; I do not think that he had the capacity to know that any harm he was causing might result in death.

V

The charge

The charge on insanity was sketchy in the extreme. It was introduced with these words:

Le Dr Sim est d'accord avec le diagnostic posé le 26 mars 1976 par d'autres psychiatres selon lequel l'appelant souffrait [TRADUCTION] «d'un trouble de la personnalité de type mixte indiquant des traits schizoïdes, antisociaux, explosifs et inadéquats, à la limite de l'arriération mentale». Toutefois, à l'interrogatoire principal, le Dr Sim a exprimé l'opinion qu'au moment du meurtre, l'appelant ne souffrait pas de psychose et, à une question du juge, il a répondu qu'au moment de l'infraction l'appelant ne souffrait pas de maladie mentale.

d) l'intention—

Le Dr Sim a formulé l'opinion que, bien que l'appelant ait probablement su qu'il causait des blessures, il était incapable de former l'intention de tuer, et il ne pouvait pas savoir que les blessures qu'il causait pourraient entraîner la mort.

A la fin du témoignage du Dr Sim, on lui a posé les questions suivantes auxquelles il a répondu en ces termes:

[TRADUCTION] M^{me} LE JUGE: Dr Sim, j'ai à l'esprit deux questions qui découlent de la preuve et j'aimerais vous les poser pour que vous m'aidiez si possible.

LE TÉMOIN: Oui, Madame?

M^{me} LE JUGE: Voici la première, pouvez-vous me dire si l'accusé souffrait de maladie mentale?

LE TÉMOIN: A mon avis, Madame, à l'époque de l'infraction imputée, je ne crois pas que cet homme souffrait de maladie mentale.

M^{me} LE JUGE: Voici la seconde question: vous avez dit, je crois, qu'il pouvait former l'intention de blesser?

LE TÉMOIN: Oui.

M^{me} LE JUGE: S'il pouvait former cette intention, pouvait-il savoir que les blessures qu'il pouvait vouloir infliger entraîneraient possiblement la mort?

LE TÉMOIN: Non; je ne crois pas qu'il avait la capacité de savoir que les blessures qu'il causait pourraient entraîner la mort.

V

L'exposé

L'exposé sur l'aliénation mentale a été extrêmement schématique. Il débute par ces mots:

However, I do have to consider one further defence with you. I would prefer not to, but, as I look at it, it seems to me that the question will be in your minds and so I must discuss with you the question of insanity.

and concluded with these words:

With that evidence before you, again it would seem to me impossible for you to bring in a finding of not guilty by reason of insanity, but the evidence is yours to consider and it is your finding.

In the course of the charge on insanity the following was said:

The reason I have been reluctant to put this before you but have considered I should is that the evidence of Dr. Sim was that this man did not have a disease of the mind. However, if there is other evidence before you, you are entitled to weigh the evidence of Dr. Sim with the other evidence. The other evidence that you had was the evidence of his father as to the nature of the convulsions, the mood changes, the far-away looks, the low I.Q., the rapid speech, the blackouts, the falls, the hearing of things throughout his early life.

Crown counsel, commenting upon the charge, objected that it was unnecessary to put the insanity defence to the jury as that defence was not available to the accused. The judge replied:

I do agree that the charge on insanity was sparse; little attention was drawn to the evidence. I considered that it had to be put before the jury. I had hoped that by indicating that the evidence was so weak that it would not form a major part of their concern.

At the time of sentencing, counsel for the accused said:

In light of that, My Lady, I think his problem is more a psychiatric one than a penal system is geared to handle, and I ask Your Ladyship not to make a recommendation, or, I should say, an order, beyond the minimum period of ten years.

The judge replied:

I would agree that this is a matter in which, if there is any provision for psychiatric help, it should be obtained, and I will endeavour to make such a recommendation.

[TRADUCTION] Toutefois, je dois examiner un autre moyen de défense avec vous. Je préférerais ne pas le faire mais il me semble que vous aurez la question à l'esprit, aussi je dois vous parler de la question d'aliénation mentale.

et se termine par ces mots:

[TRADUCTION] Avec cette preuve devant vous, il me semble toujours qu'il vous serait impossible de rendre un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, mais il vous appartient d'examiner la preuve et c'est votre verdict.

Au cours de l'exposé sur l'aliénation mentale, le juge a dit:

[TRADUCTION] La raison pour laquelle, malgré mes réticences à vous soumettre ceci, j'ai décidé de le faire, est que, selon le témoignage du Dr. Sim, cet homme ne souffrait pas de maladie mentale. Toutefois, s'il y a un autre élément de preuve devant vous, vous pouvez apprécier le témoignage du Dr. Sim par rapport à celui-ci. L'autre élément de preuve dont vous êtes saisis est le témoignage de son père sur la nature des convulsions, les sautes d'humeur, les regards distraits, le faible QI, l'élocution rapide, les pertes de conscience, les chutes, l'audition de choses pendant son enfance.

Lorsqu'il a fait ses commentaires sur l'exposé, le substitut du procureur général a prétendu qu'il n'était pas nécessaire de soumettre la défense d'aliénation mentale au jury puisque l'accusé ne pouvait bénéficier de ce moyen de défense. Le juge a répondu:

[TRADUCTION] Je reconnais que l'exposé sur l'aliénation mentale était incomplet; je n'ai pas beaucoup insisté sur la preuve. Je suis d'avis qu'il fallait la soumettre au jury. J'avais espéré qu'en soulignant la faiblesse de la preuve, il n'y accorderait pas trop d'importance.

Au moment du prononcé de la sentence, l'avocat de l'accusé a dit:

[TRADUCTION] A la lumière de ce qui précède, Madame, je crois que son problème est plus un problème de psychiatrie qu'un problème que notre système pénal est prêt à régler et je vous demande, Madame le juge, de ne pas faire de recommandation ou, je devrais dire, d'ordonnance, pour plus que la période minimale de dix ans.

Le juge a répondu:

[TRADUCTION] Je reconnais que c'est un cas où s'il existe des dispositions d'aide psychiatrique, on devrait y recourir, et j'ai l'intention de faire une recommandation en ce sens.

VI

Conclusions

In my opinion, there was evidence sufficient to require the judge to fully instruct the jury on the issue of insanity. The judge was of the opinion that that issue should go to the jury. With respect, the trial judge erred:

(1) in treating Dr. Sim's reply to the judge's isolated question as virtually determinative of the issue of whether the appellant had a "disease of the mind". Although in practice it is often convenient to do so, in strictness a medical witness is not entitled to state that a particular condition is or is not a disease of the mind, since this is a legal question. Mental disease is not purely a matter of psychiatric definition. It is for the jury and not for medical men, of whatever eminence, to determine the issue. *R. v. Rivett*⁸, at 94. The entire psychiatric history, if accepted by the jury, was such as would have entitled the jury to hold that the accused suffered from a disease of the mind within its legal meaning, regardless of whether one isolates the personality disorder. Personality disorders such as the appellant displayed at various stages of his life can constitute a disease of the mind. The real question before the jury was the extent to which the accused's appreciation of the nature and quality of his act was impaired. Included in the evidence on this point was the evidence of Dr. Sim that the appellant lacked the capacity to form the intent to cause death;

(2) in failing to review adequately the evidence bearing upon the insanity issue and in failing to relate the evidence of the accused's capacity to intend certain acts to the issue of insanity. The judge did not analyze the evidence of Dr. Sim or the other evidence as it may have related to the defence of insanity on the issue of whether the appellant appreciated the nature and quality of his act. Failure before the jury on the issues of

⁸ (1950), 34 Cr. App. Rep 87.

VI

Conclusions

A mon avis, il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour obliger le juge à donner des directives complètes sur la question de l'aliénation mentale. Le juge était d'avis que cette question devait être soumise au jury. Avec égards, le juge du procès a commis une erreur:

(1) en considérant la réponse du Dr Sim à la question isolée du juge comme pratiquement déterminante de la question de savoir si l'appelant était atteint de «maladie mentale». Bien qu'en pratique, il soit souvent commode d'agir ainsi, en principe un témoin médical n'a pas le droit de dire qu'un état particulier est ou n'est pas une maladie mentale, puisqu'il s'agit là d'une question de droit. La maladie mentale n'est pas simplement une question de définition psychiatrique. Il appartient au jury et non aux médecins, quel que soit leur renom, de trancher la question. *R. v. Rivett*⁸ à la p. 94. Le récit entier des antécédents psychiatriques, s'il était accepté par le jury, était tel qu'il aurait pu lui permettre de conclure que l'accusé souffrait de maladie mentale au sens juridique de cette expression, peu importe que l'on isole le trouble de la personnalité. Les troubles de la personnalité comme ceux que l'appelant a manifestés à diverses étapes de sa vie peuvent constituer une maladie mentale. La question véritable soumise au jury était de savoir à quel point était affaiblie chez l'accusé la faculté de juger la nature et la qualité de son acte. La preuve sur cette question comprenait le témoignage du Dr Sim selon lequel l'appelant était incapable de former l'intention de causer la mort;

(2) en ne faisant pas une revue suffisante de la preuve sur la question de l'aliénation mentale et en ne faisant pas le lien entre la preuve de la capacité de l'accusé de vouloir certains actes et la question de l'aliénation mentale. Le juge n'a pas analysé le témoignage du Dr Sim ou l'autre témoignage quant à leur rapport possible avec la défense d'aliénation mentale sur la question de savoir si l'appelant a jugé la nature et la qualité

⁸ (1950), 34 Cr. App. Rep. 87.

intent and intoxication did not preclude success on the issue of insanity. The insanity question should have been put to the jury in such a way as to ensure their due appreciation of the value of the evidence. *R. v. Laycock*⁹;

(3) in concluding this portion of the charge in language which to all intents withdrew from the jury the essential determination of fact which it was its province to decide. If the issue was to go to the jury, then, in fairness to the accused, a much more careful charge was warranted. The issue should have been clearly left with the jury to decide. On a matter of such importance and having regard to the strong evidence of personality disorder, s. 613 of the *Code* should not be applied in this case.

Before concluding, I should state that Mr. Justice Dubin discussed at some length “natural imbecility”. I have refrained from doing so as I believe the present appeal can be decided without broaching that aspect of the case.

I would allow the appeal and order a new trial.

The following are the reasons delivered by

MARTLAND J. (*dissenting*)—The appellant was charged with the murder of Denise Hobbs at the City of Hamilton on October 8, 1975. The fact that he caused her death is not in issue.

At the time of the offence, Denise Hobbs was an in-patient at the Hamilton Psychiatric Hospital. The appellant was an out-patient. On the evening in question, he was attending a social function for hospital patients where he met the deceased whom he had known casually. He had been drinking during the course of the day. They left the group, at his suggestion at about 7 p.m., and went to a store where the deceased purchased a soft drink. Then they walked for about fifteen minutes to an area below the James Street mountain steps.

⁹ [1952] O.R. 908.

de son acte. Ne pas réussir à convaincre le jury sur la question de l'intention et de l'ivresse n'excluait pas une réussite sur la question de l'aliénation mentale. Cette question aurait dû être soumise au jury de manière qu'il puisse dûment juger la valeur de la preuve. *R. v. Laycock*⁹;

(3) en concluant cette partie de l'exposé en des termes qui, à toutes fins pratique, retiraient au jury la question de fait essentielle qu'il lui appartenait de trancher. Si la question devait être soumise au jury, alors, en toute justice pour l'accusé, un exposé beaucoup plus minutieux s'imposait. La question aurait dû être laissée clairement à la décision du jury. Sur une question d'une telle importance et compte tenu de la preuve solide relative au trouble de la personnalité, on ne devrait pas recourir en l'espèce à l'art. 613 du *Code*.

Avant de conclure, je voudrais dire que le juge Dubin a parlé assez longuement de “l'imbécillité naturelle”. Je n'en ai pas parlé puisque je crois que ce pourvoi peut être décidé sans aborder cet aspect de l'affaire.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MARTLAND (*dissent*)—L'appelant a été accusé du meurtre de Denise Hobbs en la ville de Hamilton le 8 octobre 1975. Le fait qu'il a causé sa mort n'est pas en litige.

Au moment de l'infraction, Denise Hobbs était une patiente hospitalisée au Hamilton Psychiatric Hospital. L'appelant était un patient en consultation externe. Le soir en question, il assistait à une soirée, tenue pour les patients de l'hôpital, et il y a rencontré la victime qu'il connaissait un peu. Il avait bu pendant la journée. Ils ont quitté le groupe, vers 19h, sur l'invitation de l'appelant, et sont allés à un magasin où la victime a acheté une boisson gazeuse. Ils ont ensuite marché environ quinze minutes jusqu'à un endroit en bas de la montée de la rue James.

⁹ [1952] O.R. 908.

The appellant asked the deceased to remove her clothing, which she did. He attempted unsuccessfully to have sexual intercourse with her. He then grabbed her around the throat and choked her. He reached for her pulse and found none. The cause of death was asphyxiation by strangulation.

He telephoned his father at about 8 p.m. and said "Dad, I just killed somebody on the James Street Mountain steps". He stated that he was going down the steps, thought someone was following him, jumped over the railing, then "jumped and grabbed hold of them". He told his father that he had checked for a pulse, then "dragged her out in the bushes".

At about 8:39 p.m., he telephoned the police and said:

I seen somebody kill a girl. I don't know if he dragged her in the bushes or not . . . I was just coming down the James Street stairs and I heard a screams (*sic*), I don't know, I'd just turned around and seen somebody grab some girl and drag her into the bushes . . . I don't know, you know, if she's dead or alive or what.

The body of the deceased was found at the location described by the appellant. Her clothing was in a state of disarray, consistent with her having been unclothed and partially reclothed. When initially questioned by the police, the appellant said he had witnessed a man attacking a girl, but some hours later in a statement to the police he admitted having caused her death.

The appellant was thirty-one years of age. He had a long history of psychiatric treatment, beginning at the age of seven. He was sporadically under psychiatric care from that age until he was seventeen. During the years from 1965 to 1971, he was a patient in a mental hospital. He was readmitted for a period of fifteen days in 1974. In the period from 1971 to the date of the offence, when he was not an in-patient, he was under out-patient care.

The defence of insanity was not raised at the trial. Instead, it was sought to establish through the evidence of a psychiatrist, Dr. Sim, that the appellant did not have the capacity to form an

L'appelant a demandé à la victime d'enlever ses vêtements, ce qu'elle a fait. Il a essayé en vain d'avoir des relations sexuelles avec elle. Il l'a ensuite saisie à la gorge et l'a étranglée. Il a voulu prendre son pouls mais il n'y en avait pas. La cause du décès est l'asphyxie par strangulation.

Il a téléphoné à son père vers 20h et a dit [TRADUCTION] «Papa, je viens de tuer quelqu'un sur la montée de la rue James». Il a déclaré qu'il descendait les escaliers et a vu que quelqu'un le suivait, il a sauté par-dessus la rampe puis [TRADUCTION] «sauté en bas et je les ai attrapés». Il a dit à son père qu'il avait vérifié son pouls, puis [TRADUCTION] «je l'ai traînée dans les buissons».

Vers 20h39, il a téléphoné à la police et a dit:

[TRADUCTION] J'ai vu quelqu'un tuer une fille. Je ne sais pas s'il l'a traînée dans les buissons ou non . . . Je descendais les escaliers de la rue James et j'ai entendu des cris, je ne sais pas, je me suis retourné et j'ai vu quelqu'un saisir une fille et la traîner dans les buissons . . . Je ne sais pas, vous savez, si elle est morte ou vivante ou quoi.

Le corps de la victime a été trouvé à l'endroit décrit par l'appelant. Ses vêtements étaient en désordre, ce qui est compatible avec la théorie qu'elle a été déshabillée et partiellement rhabillée. A son premier interrogatoire par la police, l'appelant a d'abord dit qu'il avait vu un homme attaquer une fille, mais quelques heures plus tard dans une déclaration à la police, il a admis avoir causé sa mort.

L'appelant était âgé de trente et un ans. Il avait de longs antécédents de traitements psychiatriques, depuis l'âge de sept ans. Il a reçu sporadiquement des soins psychiatriques depuis cet âge jusqu'à l'âge de dix-sept ans. De 1965 à 1971, il a été hospitalisé dans un hôpital psychiatrique. Il a été admis à nouveau pour une période de quinze jours en 1974. De 1971 à la date de l'infraction, lorsqu'il n'était pas hospitalisé, il était patient en consultation externe.

Au procès, l'aliénation mentale n'a pas été soulevée comme moyen de défense. On a plutôt cherché à établir par le témoignage d'un psychiatre, le Dr Sim, que l'appelant n'était pas capable de

intention to kill. Neither counsel for the appellant nor counsel for the Crown questioned Dr. Sim in relation to the defence of insanity. Dr. Sim's evidence was directed solely to the question of the appellant's capacity to form an intention to kill. He was not asked by either counsel whether the appellant was in a state of natural imbecility or whether his personality disorder was a disease of the mind, or whether his disorder rendered him incapable of appreciating the nature and quality of his act, or of knowing that the act was wrong.

The following are extracts from Dr. Sim's evidence regarding the capacity of the appellant to form the intent to kill:

Q. Did he have the capacity to form the intent to cause some harm or bodily harm to an individual?

A. Yes; I think he knew, really, that, or probably knew that.

Q. He had that capacity?

A. Yes.

Q. And in fact didn't he have the capacity to form the intent to choke?

A. To choke, yes; but not to kill, the result.

Q. With all due respect, doctor, you have admitted that you feel that he had the capacity to form the intent to choke, yet you say you don't think he had the capacity to form the intent to kill?

A. I am talking about choke, cutting off the airway; not to go all the way to death, though.

Q. I accept that distinction. I accept "choke" means to cut off the airway, to deprive the person of a certain amount of air but not enough to kill; whereas, "to kill" is to kill?

A. Yes.

Q. I put it to you, aren't you really splitting hairs, Dr. Sim, when you say the accused had the capacity to form the intent to choke, to cut off the airway of an individual, yet didn't have the capacity to form the intent to kill?

A. I don't think so.

Q. He did have the capacity to form the intent to choke, or cut off the airways, but you are saying he didn't have the capacity to go all the way; is that correct?

former l'intention de tuer. Ni l'avocat de l'appellant ni le substitut de procureur général n'ont interrogé le D^r Sim relativement à la défense d'aliénation mentale. Le témoignage du D^r Sim porte uniquement sur la question de la capacité de l'appellant de former l'intention de tuer. Ni l'un ni l'autre des avocats ne lui a demandé si l'appellant était dans un état d'imbécillité naturelle ou si son trouble de la personnalité était une maladie mentale, ou si son affection le rendait incapable de juger la nature de la qualité de son acte ou de savoir que l'acte était mauvais.

Les extraits suivants sont tirés du témoignage du D^r Sim sur la capacité de l'appellant de former l'intention de tuer:

[TRADUCTION] Q. Avait-il la capacité de former l'intention de causer des blessures à quelqu'un?

R. Oui; je crois qu'il le savait réellement ou probablement.

Q. Il avait cette capacité?

R. Oui.

Q. Et en fait n'avait-il pas la capacité de former l'intention d'étrangler?

R. D'étrangler, oui; mais non de tuer, le résultat.

Avec égards, docteur, vous avez admis que vous croyez qu'il avait la capacité de former l'intention d'étrangler et vous dites pourtant que vous ne croyez pas qu'il avait la capacité de former l'intention de tuer?

R. Je parle d'étrangler, de bloquer les voies respiratoires non pas jusqu'à ce que mort s'ensuive.

Q. J'accepte cette distinction. J'accepte que «étrangler» signifie bloquer les voies respiratoires, priver une personne d'une certaine quantité d'air mais sans toutefois la tuer; alors que «tuer» c'est tuer?

R. Oui.

Q. Voici, D^r Sim, n'essayez-vous pas de couper les cheveux en quatre lorsque vous dites que l'accusé avait la capacité de former l'intention d'étrangler, de bloquer les voies respiratoires de quelqu'un, et que toutefois il n'avait pas la capacité de former l'intention de tuer?

R. Je ne crois pas.

Q. Il avait bien la capacité de former l'intention d'étrangler ou de bloquer les voies respiratoires, mais vous dites qu'il n'avait pas la capacité d'aller jusqu'au bout; est-ce exact?

A. I think so. I think it boils down that I think he probably knew he was doing her some harm, but I don't think he intended to kill her.

Q. It is the capacity you should be directed to, doctor.

HER LADYSHIP: Yes, Dr. Sim. If I may interject, you are not permitted to give your opinion as to whether he intended to kill; you may only give an opinion as to whether he had the capacity.

THE WITNESS: I am sorry; yes. That is what I meant; I am sorry.

MR. TAKACH: You were talking about capacity, in any event.

THE WITNESS: Yes.

Q. What I am asking is, what is the difference in the two capacities?

A. I think you have to be more aware to have capacity to take life than you do to just put your hands around a person's throat and to do them some harm, and be aware of doing some harm.

Q Isn't this really splitting hairs; aren't the issues very fine? Will you go that far with me?

A. Yes, I will.

Q. It is a very fine distinction, will you not agree?

A. Yes, I think so.

Following the examination, cross-examination and re-examination of Dr. Sim, he was asked by the trial judge whether the accused had a disease of the mind, to which his answer was:

In my opinion, My Lady, at the time of the alleged offence, I do not think that this man was suffering with a disease of the mind.

In her charge to the jury, the trial judge carefully reviewed the evidence of Dr. Sim in relation to the appellant's capacity to form an intent to kill. Later in her charge, of her own volition, she proceeded to deal with the question of insanity. Her reason for so doing is stated as follows:

However, I do have to consider one further defence with you. I would prefer not to, but as I look at it, it seems to me that the question will be in your minds and so I must discuss with you the question of insanity.

R. Je le crois. En somme, je crois qu'il savait probablement qu'il lui faisait mal, mais je ne crois pas qu'il avait l'intention de la tuer.

Q. C'est la capacité que vous devez considérer, docteur.

MADAME LE JUGE: Oui, Dr Sim. Si je peux intervenir, vous ne pouvez pas exprimer d'opinion sur la question de savoir s'il avait l'intention de tuer; vous pouvez uniquement formuler une opinion sur la question de savoir s'il avait la capacité.

LE TÉMOIN: Excusez-moi; oui. C'est ce que je voulais dire; excusez-moi.

M^e TAKACH: Quoi qu'il en soit, vous parliez de la capacité.

LE TÉMOIN: Oui.

Q. Ce que je vous demande, c'est quelle est la différence entre les deux capacités?

R. Je crois qu'il faut être davantage conscient pour avoir la capacité d'enlever la vie qu'il ne faut l'être pour porter simplement les mains à la gorge d'une personne et lui faire mal et être conscient de lui faire mal.

Q. N'est-ce pas là couper les cheveux en quatre; les questions ne sont-elles pas très subtiles? Vous admettez bien cela avec moi?

R. Oui, je le reconnais.

Q. C'est une distinction très subtile, n'êtes-vous pas d'accord?

R. Oui, je le crois.

Suite à l'interrogatoire, au contre-interrogatoire et au nouvel interrogatoire du Dr Sim, le juge du procès lui a demandé si l'accusé souffrait d'une maladie mentale et voici sa réponse:

[TRADUCTION] A mon avis, Madame, à l'époque de l'infraction imputée, je ne crois pas que cet homme souffrait de maladie mentale.

Dans son exposé au jury, le juge du procès a minutieusement passé en revue le témoignage du Dr Sim relativement à la capacité de l'appelant de former l'intention de tuer. Plus loin dans son exposé, elle a, de son propre chef, traité de la question de l'aliénation mentale. Voici la raison qu'elle a invoquée pour ce faire:

[TRADUCTION] Toutefois, je dois examiner un autre moyen de défense avec vous. Je préférerais ne pas le faire mais il me semble que vous aurez la question à l'esprit, aussi je dois vous parler de la question de l'aliénation mentale.

She then proceeded to instruct the jury with respect to the law as to the defence of insanity. She went on to say:

The reason I have been reluctant to put this before you but have considered I should is that the evidence of Dr. Sim was that this man did not have a disease of the mind. However, if there is other evidence before you, you are entitled to weigh the evidence of Dr. Sim with the other evidence. The other evidence that you had was the evidence of his father as to the nature of the convulsions, the mood changes, the far-away looks, the low I.Q., the rapid speech, the blackouts, the falls, the hearing of things throughout his early life.

Now, what you must look to is whether he was insane at the time of the commission of the offence; not before it and not after it. There is the evidence of the lack of emotion when he phoned the police, although it is to be contrasted with the emotion of the phone call to his father. There is the evidence of the lack of intelligence, the low I.Q.; there is the evidence of Dr. Sim, apart from disease of the mind, but that evidence again, it seemed to me, did not show the alternative to a disease of the mind (namely, a state of natural imbecility), because that evidence, as I heard it, was that this man's status was much higher than that; that this man was on the borderline of mental deficiency; that he would have been mentally defective at one time when that low reading was given, but that the reading that he had before him at the time, he would have had to say that he was of borderline intelligence, and he accepted another alternative definition; namely, borderline mental retardation.

With that evidence before you, again it would seem to me impossible for you to bring in a finding of not guilty by reason of insanity, but the evidence is yours to consider and it is your finding.

No objection of any kind was made on behalf of the appellant to the judge's charge on the issue of insanity and no request was made for further instruction to the jury in relation to that defence.

The jury returned a verdict of guilty.

The first notice of appeal to the Court of Appeal for Ontario raised no issue as to the charge to the jury on the matter of insanity. In a supplementary notice of appeal filed two months later, it was

Elle a ensuite donné des directives au jury sur le droit relatif à la défense d'aliénation mentale. Elle a poursuivi:

[TRADUCTION] La raison pour laquelle malgré mes réticences à vous soumettre ceci, j'ai décidé de le faire, est que, selon le témoignage du Dr Sim, cet homme ne souffrait pas de maladie mentale. Toutefois, s'il y a un autre élément de preuve devant vous, vous pouvez peser le témoignage du Dr Sim par rapport à celui-ci. L'autre élément de preuve dont vous êtes saisis est le témoignage de son père sur la nature des convulsions, les sautes d'humeur, les regards distraits, le faible Q.I., l'élocution rapide, les pertes de conscience, les chutes, l'audition de choses pendant son enfance.

Maintenant ce que vous devez chercher, c'est s'il était aliéné au moment de la perpétration de l'infraction; pas avant ni après. Il y a la preuve d'absence d'émotion lorsqu'il a téléphoné à la police, bien que cela doive être opposé à l'émotion qu'il a manifestée lorsqu'il a téléphoné à son père. Il y a la preuve du manque d'intelligence, du faible Q.I.; il y a le témoignage du Dr Sim, mis à part la maladie mentale, mais là encore, ce témoignage, il me semble, n'a pas indiqué de solution de rechange pour la maladie mentale (savoir un état d'imbecillité naturelle), parce que, si j'ai bien compris, ce témoignage porte que l'état de cet homme était de beaucoup supérieur à cela; que cet homme était à la limite de la déficience mentale; qu'il aurait été déficient mental à l'époque de la lecture du tracé faible mais que, selon le tracé qu'il avait devant lui à ce moment-là, il devrait dire qu'il avait une intelligence limite et il a accepté une autre définition, savoir, à la limite de l'arriération mentale.

Avec cette preuve devant vous, il me semble toujours qu'il vous serait impossible de rendre un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, mais il vous appartient d'examiner la preuve et c'est votre verdict.

L'avocat de l'appelant n'a présenté aucune objection à l'exposé du juge sur la question de l'aliénation mentale et aucune demande n'a été faite pour que d'autres directives soient données au jury relativement à ce moyen de défense.

Le jury a rendu un verdict de culpabilité.

Le premier avis d'appel à la Cour d'appel de l'Ontario ne soulevait aucune question relativement aux directives sur la question de l'aliénation mentale. Dans un avis d'appel supplémentaire,

alleged that “the learned trial judge erred in law in withdrawing the defence of insanity”.

The appellant’s appeal was dismissed by a majority decision of the Court of Appeal without written reasons. There was a dissent by Dubin J.A., who filed written reasons later. The formal judgment states the ground of dissent as being “that there was misdirection and non-direction amounting to misdirection in the learned trial judge’s charge to the jury on the defence of insanity”.

Section 16 of the *Criminal Code*, which deals with the defence of insanity, provides as follows:

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

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

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

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

There are two main criticisms of the charge to the jury in the dissenting reasons. The first is that there was misdirection, or non-direction amounting to misdirection, on the issue as to whether the accused was suffering from a disease of the mind or natural imbecility. The second is that there was non-direction, amounting to misdirection, in failing to relate the evidence of Dr. Sim on the issue as to whether the appellant was able to appreciate the nature and quality of the act.

As to the first criticism, it is said that the trial judge had treated as virtually determinative the opinion expressed by Dr. Sim that the appellant was not suffering from a disease of the mind.

déposé deux mois plus tard, on a allégué que [TRADUCTION] «le savant juge du procès a commis une erreur de droit en retirant la défense d’aliénation mentale».

L’appelant a été débouté de son appel par un arrêt majoritaire de la Cour d’appel sans motifs écrits. Le juge Dubin, dissident, a déposé ultérieurement ses motifs. Le dispositif énonce le motif de la dissidence en ces termes: [TRADUCTION] «il y a eu des directives erronées et une absence de directives équivalant à des directives erronées dans l’exposé du savant juge du procès au jury sur la défense d’aliénation mentale».

L’article 16 du *Code criminel*, qui porte sur la défense d’aliénation mentale, prévoit:

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

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

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

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

Dans les motifs de dissidence, il y a deux critiques principales de l’exposé au jury. La première est qu’il y a des directives erronées, ou une absence de directives équivalant à des directives erronées, sur la question de savoir si l’accusé souffrait de maladie mentale ou d’imbécillité naturelle. La seconde est que l’omission de relier le témoignage du Dr. Sim à la question de savoir si l’appelant était capable de juger la nature et la qualité de l’acte constitue une absence de directives équivalant à une directive erronée.

Quant à la première critique, le juge du procès aurait considéré comme pratiquement déterminante l’opinion exprimée par le Dr. Sim que l’appelant ne souffrait pas de maladie mentale. Bien que

While the trial judge, whose own question had evoked Dr. Sim's opinion, obviously regarded that opinion as being of great weight, she did not treat it as determinative because, had she so regarded that opinion, she would not have put the issue of insanity before the jury. I have cited from the charge the passage in which she expressed reluctance to put the issue to the jury in the light of Dr. Sim's evidence, but, none the less, she went on to tell the jury that if there was other evidence they were entitled to weigh it.

I agree with the trial judge's expressed conclusion that there was no evidence to show a state of natural imbecility. Dr. Sim's evidence does not support the existence of such a state.

As to the second criticism that the trial judge did not relate Dr. Sim's evidence to the issue as to whether the appellant was able to appreciate the nature and quality of the act, it is desirable to stress again the fact that the appellant elected not to raise the question of insanity and, accordingly, evidence relating to that matter was not adduced. Dr. Sim was never asked whether, in his opinion, the appellant was capable of appreciating the nature and quality of his act. The trial judge is criticized for not relating his evidence, given in relation to another issue, i.e. the ability of the appellant to form an intent to kill, to an issue which had not been raised at the trial.

I have already cited the evidence of Dr. Sim that in his opinion the appellant had the capacity to form the intent to choke the deceased, i.e. to cut off the airway. He said that the appellant probably knew he was doing her harm, but "I don't think he intended to kill her".

The distinction made by Dr. Sim between the capacity to form an intent to kill and the capacity to form the intent to choke and thus do bodily harm is one of considerable subtlety and Dr. Sim himself admitted that it was "very fine". I have doubts as to its validity and the fact that, in the face of this evidence, the jury convicted the appellant is some indication that they had similar doubts. But even if that distinction can be drawn

le juge du procès ait par sa propre question amené le Dr Sim à donner son opinion et qu'elle y ait accordé beaucoup d'importance, elle ne l'a pas considérée comme déterminante parce que, si elle l'avait fait, elle n'aurait pas soumis la question de l'aliénation mentale au jury. J'ai cité l'extrait de l'exposé dans lequel elle exprime sa réticence à soumettre la question au jury compte tenu du témoignage du Dr Sim mais, néanmoins, elle poursuit en disant au jury que s'il y a un autre élément de preuve, il peut le considérer.

Je souscris à la conclusion exprimée par le juge du procès qu'il n'y avait pas de preuve pour établir un état d'imbécillité naturelle. Le témoignage du Dr Sim n'appuie pas l'existence d'un tel état.

Quant à la seconde critique suivant laquelle le juge du procès n'a pas relié le témoignage du Dr Sim à la question de savoir si l'appelant était capable de juger la nature et la qualité de l'acte, il convient d'insister encore sur le fait que l'appelant a choisi de ne pas soulever la question de l'aliénation mentale et, par conséquent, on n'a pas produit de preuve à cet égard. On n'a jamais demandé au Dr Sim si, à son avis, l'appelant était capable de juger la nature et la qualité de son acte. On critique le juge du procès pour n'avoir pas relié ce témoignage, rendu relativement à une autre question, c'est-à-dire, la capacité de l'appelant à former l'intention de tuer, à une question qui n'avait pas été soulevée au procès.

J'ai déjà cité le témoignage du Dr Sim; selon lui, l'appelant avait la capacité de former l'intention d'étrangler la victime, c'est-à-dire de bloquer les voies respiratoires. Il a dit que l'appelant savait probablement qu'il lui faisait mal mais [TRADUCTION] «je ne crois pas qu'il avait l'intention de la tuer».

La distinction faite par le Dr Sim entre la capacité de former l'intention de tuer et la capacité de former l'intention d'étrangler et donc de causer des blessures corporelles est d'une grande subtilité et le Dr Sim lui-même a admis qu'elle était «très subtile». Je doute de sa validité et le fait que, compte tenu de cette preuve, le jury a rendu un verdict de culpabilité est un indice qu'il entretenait des doutes semblables. Mais même si l'on peut faire

in respect of the issue of intent, it is not, in my opinion, of assistance as evidence of absence of capacity to appreciate the nature and quality of the appellant's act.

Reliance is placed, in the dissenting reasons, on two passages in Dr. Sim's evidence as showing that in his opinion the appellant was incapable of appreciating the nature and quality of his act. One of these I have already cited. The other was an answer given to a question by the trial judge. They are as follows:

Q. What I am asking is, what is the difference in the two capacities?

A. I think you have to be more aware to have capacity to take life than you do to just put your hands around a person's throat and to do them some harm, and be aware of doing some harm.

HER LADYSHIP: The second question is this: I think you said that he had the capacity to form the intent to cause harm?

THE WITNESS: Yes.

HER LADYSHIP: If he had the capacity to form that intent, would he have the capacity to know that any harm that he might intend would be likely to cause death?

THE WITNESS: No; I do not think that he had the capacity to know that any harm he was causing might result in death.

Both of these passages, as well as the rest of Dr. Sim's evidence, were related solely to the issue of intent. Section 16 of the *Criminal Code* is not concerned with intent. It can only come into operation after it has been determined that an offence has been committed. Subsection (1) provides that no person shall be convicted of an offence in respect of an act on his part while he was insane. The "act" in question here was the choking of the deceased. Subsection (2) provides that a person is insane if he has a disease of the mind to an extent that renders him incapable of appreciating the nature and quality of an "act". This subsection also provides that a person is insane if he did not know that an act or omission was wrong, but that provision is not relied upon by the appellant in this case.

cette distinction relativement à la question de l'intention, elle n'est, à mon avis, d'aucun secours comme preuve de l'absence de capacité de juger la nature et la qualité de l'acte de l'appellant.

Dans les motifs de dissidence, on s'appuie sur deux passages du témoignage du Dr Sim qui montreraient qu'à son avis l'appellant était incapable de juger la nature et la qualité de son acte. J'ai déjà cité l'un deux. L'autre est une réponse à une question posée par le juge du procès. Les voici:

[TRADUCTION] Q. Ce que je vous demande, c'est quelle est la différence entre les deux capacités?

R. Je crois qu'il faut être davantage conscient pour avoir la capacité d'enlever la vie qu'il ne faut l'être pour porter simplement les mains à la gorge d'une personne et lui faire mal et être conscient de lui faire mal.

M^{me} LE JUGE: Voici la seconde question: vous avez dit, je crois, qu'il pouvait former l'intention de blesser?

LE TÉMOIN: Oui.

M^{me} LE JUGE: S'il pouvait former cette intention, pouvait-il savoir que les blessures qu'il pouvait avoir l'intention d'infliger entraîneraient possiblement la mort?

LE TÉMOIN: Non; je ne crois pas qu'il avait la capacité de savoir que les blessures qu'il causait pourraient entraîner la mort.

Ces deux passages, de même que le reste du témoignage du Dr Sim, se rapportent uniquement à la question de l'intention. L'article 16 du *Code criminel* ne porte pas sur l'intention. Il ne peut s'appliquer que lorsque la perpétration d'une infraction est établie. Le paragraphe (1) prévoit que nul ne doit être déclaré coupable d'une infraction à l'égard d'un acte de sa part alors qu'il était aliéné. L'«acte» en question ici était la strangulation de la victime. Le paragraphe (2) prévoit qu'une personne est aliénée lorsqu'elle est atteinte de maladie mentale à un point qui la rend incapable de juger la nature et la qualité d'un «acte». Ce paragraphe prévoit également qu'une personne est aliénée si elle ne savait pas qu'un acte ou une omission était mauvais mais cette disposition n'est pas invoquée par l'appellant en l'espèce.

Dr. Sim's evidence is that the appellant had the capacity to form an intent to choke, that he knew that choking entailed cutting off air and that it involved causing bodily harm. Thus he knew the nature and quality of the act which he committed. In my opinion, the fact that Dr. Sim was of the view that 'the appellant lacked the capacity to know that the harm which he was consciously inflicting might result in death does not bring him within the protection afforded by subs. 16(1). He appreciated the nature of his act, i.e. choking the deceased and he also appreciated the quality of his act, i.e. the cutting off of her airway.

The only other evidence having relevance to the question of the appellant's capability to appreciate the nature and quality of his act is that of the appellant himself. He did not testify that he did not appreciate the nature and quality of his act. In giving evidence at trial, he professed to have no recollection of the strangulation. He said that he had kissed the deceased, that she had removed her clothes, that they both laid on the ground, but that he was unsuccessful in having sexual intercourse with her. They both got up, but he said he could not recall what happened next. He could not remember putting his hands on her neck, but could recall her going limp and falling.

The appellant was able to give a complete and detailed account of his activities both before and after the death of the deceased. It is only the very narrow time span of the actual strangulation which he alleged he could not recall.

As previously noted, after the death of the deceased, the appellant telephoned his father and said that he had just killed somebody. After his arrest, he gave a statement to the police and had no difficulty in recalling what had occurred. The following portion of the statement relates to the events leading up to the death and immediately after:

... There was a dance going on, or getting ready for a dance then I didn't stay I came outside and I bumped into Denise Hobbs, she was talking to a patient, a guy

Selon le témoignage du Dr Sim, l'appelant avait la capacité de former l'intention d'étrangler, il savait que la strangulation nécessite le blocage des voies respiratoires et que cela implique également des blessures corporelles. Donc il connaissait la nature et la qualité de l'acte qu'il a accompli. A mon sens, le fait que le Dr Sim soit d'avis que l'appelant n'avait pas la capacité de savoir que les blessures qu'il infligeait consciemment pourraient entraîner la mort ne permet pas à ce dernier de bénéficier de la protection accordée par le par. 16(1). Il jugeait la nature de son acte, c'est-à-dire étrangler la victime, et il jugeait également la qualité de son acte, c'est-à-dire bloquer les voies respiratoires.

Le seul autre témoignage pertinent à la question de la capacité de l'appelant de juger la nature et la qualité de son acte est celui de l'appelant lui-même. Il n'a pas dit dans son témoignage qu'il n'avait pas jugé la nature et la qualité de son acte. En témoignant au procès, il a déclaré ne pas se souvenir de la strangulation. Il a dit qu'il avait embrassé la victime, qu'elle avait enlevé ses vêtements, qu'ils s'étaient tous les deux couchés par terre, mais qu'il n'avait pas réussi à avoir de relations sexuelles avec elle. Ils se sont levés, mais il a dit qu'il ne pouvait pas se souvenir de ce qui s'était passé ensuite. Il ne pouvait pas se souvenir d'avoir porté les mains au cou de la victime, mais il pouvait se souvenir qu'elle était devenue molle et qu'elle était tombée.

L'appelant a été capable de faire un récit complet et détaillé de ses allées et venues avant et après la mort de la victime. Ce n'est que du très bref moment de la strangulation même qu'il prétend ne pas pouvoir se souvenir.

Comme je l'ai dit précédemment, après la mort de la victime, l'appelant a téléphoné à son père et lui a dit qu'il venait de tuer quelqu'un. Après son arrestation, il a fait une déclaration à la police et n'a eu aucune difficulté à se souvenir de ce qui s'était produit. Le passage suivant de sa déclaration se rapporte aux événements qui ont précédé le meurtre et à ceux immédiatement postérieurs:

[TRADUCTION] ... Il y avait une danse, ou des préparatifs pour une danse alors je ne suis pas resté, je suis sorti mais je suis tombé sur Denise Hobbs, elle parlait à un

named Dennis. Then I asked Denise Hobbs if she wanted to go for a walk and she said yes and we went for a walk down the James Street stairs then I kissed her then I (*sic*) she wanted to go back up then I grabbed her around the throat and choked her with my hands. Then I got scared and tried to feel for a pulse or something and got none so I ran downstairs for a phone booth.

Question. How did she get in the bushes? We were in the bushes standing up, I kissed her then I grabbed her around the throat and choked her I was afraid she would go back and tell them I was kissing her.

It was admitted that this statement was made voluntarily.

The evidence of the appellant does not establish an incapacity to appreciate the nature and quality of the appellant's act. His evidence as to lack of memory of the strangulation is inconsistent with his voluntary statement to the police, with some of his other testimony and with his actions after the event.

The onus of proving that the appellant was not sane at the time he killed the deceased rested upon him. The appellant did not seek to adduce evidence to fulfill that onus, because the defence of insanity was never raised at the trial. The psychiatrist whom he called as a witness testified that he did not have a disease of the mind.

The trial judge was obviously in doubt as to whether to charge the jury on the defence of insanity, but elected to do so. She charged the jury on the law applicable to that offence and no objection was taken by counsel for the appellant in respect of that charge.

The chief complaint against the charge is that there was a failure to relate the evidence of Dr. Sim to the question of the appellant's capacity to appreciate the nature and quality of the act. But for the reasons already outlined, such a review would have had to point out that, according to Dr. Sim, the appellant did appreciate that he was choking the deceased, cutting off the airway and that he was causing bodily harm. The verdict given by the jury on the main issue of guilt is some

patient, un type nommé Dennis. Alors j'ai demandé à Denise Hobbs si elle voulait venir faire un tour et elle a dit oui et nous sommes partis et avons descendu les escaliers de la rue James, je l'ai alors embrassée, alors je (*sic*) elle a voulu remonter, alors je l'ai saisie à la gorge et je l'ai étouffée avec mes mains. Ensuite j'ai eu peur et j'ai essayé de prendre son pouls ou quelque chose et il n'y en avait pas; alors j'ai dévalé les escaliers jusqu'à une cabine téléphonique.

Question. Comment a-t-elle abouti dans les buissons? Nous étions debout dans les buissons, je l'ai embrassée et je l'ai saisie à la gorge et je l'ai étouffée j'avais peur qu'elle retourne leur dire que je l'avais embrassée.

Il a été admis que cette déclaration a été faite volontairement.

Le témoignage de l'appellant n'établit pas une incapacité de juger la nature et la qualité de son acte. Son témoignage relatif à son absence de souvenir de la strangulation est incompatible avec sa déclaration volontaire à la police, avec d'autres parties de son témoignage et avec ses actes après l'événement.

L'appellant avait la charge de prouver qu'il n'était pas sain d'esprit au moment où il a tué la victime. L'appellant n'a pas cherché à produire de preuves pour s'en acquitter, parce que l'aliénation mentale n'a jamais été invoquée au procès comme moyen de défense. Le psychiatre qu'il a cité comme témoin a déclaré qu'il ne souffrait pas de maladie mentale.

Le juge du procès avait manifestement des doutes quant à savoir si elle devait donner des directives au jury sur la défense d'aliénation mentale, mais elle a choisi de le faire. Elle lui a donné des directives sur le droit applicable à cette infraction et l'avocat de l'appellant n'a présenté aucune objection à l'égard de cet exposé.

On reproche principalement à l'exposé de ne pas relier le témoignage du Dr Sim à la question de la capacité de l'appellant de juger la nature et la qualité de l'acte. Mais, pour les raisons déjà données, il aurait fallu dans un tel exercice souligner que selon le Dr Sim, l'appellant a bel et bien jugé qu'il étranglait la victime, qu'il bloquait les voies respiratoires et qu'il causait des blessures. Le verdict rendu par le jury sur la question principale de la culpabilité est un indice qu'il n'a pas accepté la

indication that they did not accept Dr. Sim's "very fine" distinction between capacity to form the intent to choke and capacity to form the intent to kill.

In the light of all these circumstances, it is my opinion that, even if the jury had been charged in the manner suggested in the dissenting judgment in the Court of Appeal, the verdict of the jury would necessarily have been the same. There has been no substantial wrong or miscarriage of justice and the Court of Appeal was properly entitled to dismiss the appellant's appeal from conviction under subs. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

PRATTE J. (*dissenting*)—I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, MARTLAND and PRATTE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Greenspan, Gold & Moldaver, Toronto.

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

distinction "très subtile" du Dr. Sim entre la capacité de former l'intention d'étrangler et la capacité de former l'intention de tuer.

Compte tenu de ces circonstances, je suis d'avis que même si l'exposé au jury avait suivi la marche proposée dans les motifs dissidents en Cour d'appel, le verdict du jury aurait nécessairement été le même. Il ne s'est produit aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave et, en vertu du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, la Cour d'appel était fondée à rejeter l'appel interjeté par l'appelant contre sa déclaration de culpabilité.

LE JUGE PRATTE (*dissident*)—Je rejeterais le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges MARTLAND et PRATTE étant dissidents.

Procureurs de l'appellant: Greenspan, Gold & Moldaver, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Dauphin Plains Credit Union Limited
(*Plaintiff*) *Appellant*;

and

Xyloid Industries Ltd. (*Defendant*);

and

Her Majesty The Queen (*Applicant*)
Respondent.

1979: November 7; 1980: March 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Receivership — Revenue — Deductions from wages prescribed by three federal statutes — Deductions effected by debtor company on wages paid — Funds not remitted nor kept separate — Appointment of receiver — Wages earned prior to appointment paid by receiver pursuant to Payment of Wages Act of Manitoba — Wages paid less deductions — No remittance by receiver of amount deducted — Priority of claims as between Crown and secured creditor — The Payment of Wages Act, 1975 (Man.), c. 21, ss. 1(h), 7(1) — Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 153(1)(a), (3), 227(4), (5) — Canada Pension Plan, R.S.C. 1970, c. C-5, s. 24(3), (4) — Unemployment Insurance Act, 1970-71-72 (Can.), c. 48, s. 71(2), (3).

As security for debts in excess of \$1,000,000, the appellant credit union (Dauphin) obtained from the defendant company (Xyloid) debentures whereby a first fixed and specific charge was created on all its real and immovable property with a floating charge on all of its other assets. On March 31, 1977, the appellant obtained the appointment of a receiver of "all the undertaking, property and assets" of the defendant. In due course, the receiver realized the assets of the company and distributed the net proceeds of such realization, less the sum of \$7,416.57, which upon the discharge of the receiver was directed to be held until the validity and priority of the claims of the respondent Crown under certain federal statutes was determined by the Court.

Prior to the appointment of the receiver, Xyloid had paid wages to its employees and effected the deductions prescribed by the *Income Tax Act* of Canada, the *Canada Pension Plan Act* and the *Unemployment Insurance Act*. However, Xyloid did not remit the amounts

Dauphin Plains Credit Union Limited
(*Demanderesse*) *Appelante*;

et

Xyloid Industries Ltd. (*Défenderesse*);

et

Sa Majesté La Reine (*Requérante*) *Intimée*.

1979: 7 novembre; 1980: 18 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Mise sous séquestre — Revenu — Déductions du salaire prévues par trois lois fédérales — Déductions faites par la compagnie débitrice sur le salaire payé — Fonds non remis ni gardés à part — Nomination d'un séquestre — Salaire gagné avant la nomination payé par le séquestre conformément à The Payment of Wages Act du Manitoba — Salaire payé moins déductions — Aucun versement par le séquestre des montants déduits — Priorité des réclamations entre Sa Majesté et le créancier garanti — The Payment of Wages Act, 1975 (Man.), chap. 21, art. 1h) et 7(1) — Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 153(1)a), (3), 227(4),(5) — Régime de pensions du Canada, S.R.C. 1970, chap. C-5, art. 24(3),(4) — Loi sur l'assurance-chômage, 1970-71-72 (Can.), chap. 48, art. 71(2),(3).

En garantie de dettes de plus de \$1,000,000 la Caisse (Dauphin) avait obtenu de la société défenderesse (Xyloid) des obligations qui créaient un premier privilège fixe et spécifique sur tous ses biens immeubles et un privilège général sur tout le reste de son actif. Le 31 mars 1977, l'appelante a obtenu la nomination d'un séquestre pour «la totalité de l'entreprise, des biens et de l'actif de» la défenderesse. En temps utile, le séquestre a réalisé l'actif de la société et en a distribué le produit net, moins la somme de \$7,416.57, dont à la libération du séquestre, on a ordonné la retenue jusqu'à ce que la validité et le rang des réclamations de l'intimée, Sa Majesté, en vertu de certaines lois fédérales soient établis par la Cour.

Avant la nomination du séquestre Xyloid a versé du salaire à ses employés et effectué les déductions prescrites par la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada, le *Régime de pensions du Canada* et la *Loi sur l'assurance-chômage*. Xyloid n'a cependant pas remis à l'inti-

so deducted to the respondent nor did it keep such deductions or withholdings separate and apart from its "own moneys or from the assets of . . ." Xyloid. After his appointment the receiver paid to the employees of Xyloid wages earned prior to his appointment, as required by *The Payment of Wages Act* of Manitoba. This payment was made less the prescribed deductions but the receiver made no remittance to the respondent in respect of the aforementioned federal statutes.

The only issue arising was what priority, if any, did the respondent enjoy by virtue of the said statutes over the claims of Dauphin as the secured creditor of Xyloid with reference to the moneys held by the receiver in the amount of \$7,416.57.

The trial judge held that the Crown had failed to establish priority for any portion of the amount claimed and ordered that the receiver pay out to Dauphin the entire sum of \$7,416.57. The Manitoba Court of Appeal, reversing the judgment of the trial judge, directed that Dauphin do pay to the Crown the sum of \$6,278.81. With leave of this Court, Dauphin appealed from the judgment of the Court of Appeal.

Held (Estey and Chouinard JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed only to the extent of deducting from the amount allowed by the judgment of the Court of Appeal the sum claimed for income tax deductions made prior to the date of the receiving order, that is, \$2,550.78, with the appropriate adjustment for interest and penalties.

Per Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz and McIntyre JJ.: The appeal failed in respect of the deductions made by the receiver out of wages paid under *The Payment of Wages Act*. Dauphin was, in effect, contending that *The Payment of Wages Act* authorized the receiver to make the income tax deduction for the benefit of the debenture holder. This was a complete subversion of the purpose of such a deduction. Section 153 of the *Income Tax Act* is the only law under which anyone can make a deduction for income tax, but this section goes on to provide in subs. (4) that the amount so deducted shall be held "in trust for Her Majesty". No law of Manitoba can possibly change that. Also, by virtue of s. 153(3) the employees are deemed to have received their wages in full, so that they are liable for income tax on that basis. But, the position taken by Dauphin means that it would get the benefit of the deductions so that the employees would have to pay income tax to the Department of National Revenue on what they have not received and for which they would get no credit.

mée les fonds ainsi déduits et n'a pas tenu ces déductions ou retenues séparées de ses propres fonds ou de son actif. Après sa nomination, le séquestre a versé aux employés de Xyloid du salaire gagné durant la période antérieure à sa nomination, en conformité de *The Payment of Wages Act* du Manitoba. Il a déduit de ce paiement les montants prescrits, mais le séquestre n'a rien remis à l'intimée au titre des lois fédérales susmentionnées.

La seule question est donc celle de savoir si, en vertu de ces lois fédérales, l'intimée doit être préférée aux créances de Dauphin à titre de créancière garantie de Xyloid, à l'égard de la somme de \$7,416.57 détenue par le séquestre.

Le juge de première instance a conclu que Sa Majesté n'avait pas réussi à établir qu'elle devait être préférée pour quelque partie du montant réclamé et a ordonné au séquestre de verser à Dauphin le montant total de \$7,416.57. La Cour d'appel du Manitoba, qui a infirmé le jugement du juge de première instance, a ordonné à Dauphin de verser à Sa Majesté la somme de \$6,278.81. Sur autorisation de cette Cour, Dauphin se pourvoit contre l'arrêt de la Cour d'appel.

Arrêt (Les juges Estey et Chouinard sont dissidents en partie): Le pourvoi doit être accueilli à seule fin de déduire du montant accordé par la Cour d'appel la somme réclamée pour les déductions d'impôt faites avant l'ordonnance du séquestre, soit la somme de \$2,550.78, avec rajustement en conséquence de l'intérêt et des pénalités.

Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz et McIntyre: Le pourvoi échoue pour ce qui est des déductions faites par le séquestre sur le salaire payé en vertu de *The Payment of Wages Act*. Dauphin soutient, en réalité, que *The Payment of Wages Act* autorisait le séquestre à faire la déduction d'impôt sur le revenu au profit du créancier de l'obligation. C'est là fausser complètement l'objet de cette déduction. L'article 153 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est le seul texte de loi qui permet à quelqu'un de faire une déduction au titre de l'impôt sur le revenu, mais cet article dispose ensuite, au par. (4), que le montant ainsi déduit est retenu «en fiducie pour Sa Majesté». Aucune loi du Manitoba ne peut changer cela. Il faut aussi tenir compte de ce qu'en vertu du par. 153(3), les employés sont réputés avoir reçu leur salaire en entier, et sont en conséquence assujettis à l'impôt sur cette base. La position adoptée par Dauphin aurait cependant pour résultat qu'elle bénéficierait des déductions de sorte que les employés devraient payer au ministère du Revenu national un impôt sur un revenu qu'ils n'ont pas reçu et au titre duquel ils n'obtiendraient aucun crédit.

The trial judge failed to consider the consequences of allowing a receiver to make deductions for income tax when paying wages and then failing to treat those deductions as withholdings on account of income tax. This is not only a contradictory position but, if upheld, would amount to an unfair diversion which the Legislature of Manitoba cannot possibly have intended to authorize by the definition of wages in *The Payment of Wages Act*.

In view of the purpose of *The Payment of Wages Act* the deductions contemplated in the definition of "wages" are only those which may be made for the benefit of the employer. The statute should not be construed in a manner which would deprive a third party, the tax collector, of his proper rights. The Legislature is not presumed to have intended an inconsistency and it would be inconsistent to authorize deductions to be made for income tax only to be appropriated to the benefit of the employer's creditor.

With respect to the deductions made by the receiver for the Canada Pension Plan, and Unemployment Insurance, employee portion, the amounts withheld represented a debt due by the recipients of the wages under the provisions of s. 8 of the *Canada Pension Plan* and s. 62 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*. The receiver had ample funds for paying the full amount of wages due and therefore the deductions made were true deductions, not mere book-keeping entries, they were money withheld for the purpose of satisfying the employees' indebtedness for contributions and premiums in respect of those earnings. This money withheld for such purpose became held in trust in favour of the tax collector who is therefore entitled to claim it from the receiver. Dauphin cannot justify the judgment at trial directing the receiver to give it those moneys and it was therefore properly ordered by the judgment of the Court of Appeal to turn them over to the Department of National Revenue so that they may be credited against the employees' indebtedness.

The Court of Appeal was correct in holding that there was no legal basis for the claims for the Canada Pension Plan and Unemployment Insurance deductions, employer portion. This conclusion was not challenged on the appeal to this Court and no question was raised as to the correctness of the adjustments which were made for those sums with interest and penalties and resulted in the amount fixed by the judgment.

Following the reasoning in *Re Deslauriers Construction Products Ltd.*, [1970] 3 O.R. 599, the claim for income tax deductions on wages paid by the employer

Le juge de première instance a omis de tenir compte des conséquences que cela comporte si l'on permet à un séquestre de faire des déductions au titre de l'impôt sur le revenu en payant du salaire et de ne pas considérer ces déductions comme des retenues à ce titre. Non seulement c'est contradictoire, mais, si on l'admettait, cela constituerait un détournement injuste que la législature du Manitoba n'a pas pu avoir l'intention d'autoriser par la définition de salaire dans *The Payment of Wages Act*.

Compte tenu de l'objet de *The Payment of Wages Act*, les déductions visées par la définition de «salaire» sont seulement celles qui peuvent être faites au profit de l'employeur. La Loi ne doit pas être interprétée de façon à dépouiller un tiers, le fisc, de ses droits légitimes. On ne doit pas présumer que la législature a voulu créer une contradiction et il serait contradictoire de permettre que des déductions soient faites au titre de l'impôt sur le revenu pour être affectées au profit du créancier de l'employeur.

En ce qui concerne les déductions que le séquestre a faites au titre du Régime de pensions du Canada et de l'assurance-chômage, part de l'employé, ces sommes représentaient une dette due par les personnes qui ont reçu le salaire, en vertu des dispositions de l'art. 8 du *Régime de pensions du Canada* et de l'art. 62 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. Le séquestre avait des fonds suffisants pour payer le montant complet des salaires dus et, en conséquence, les déductions effectuées étaient de véritables déductions, et non de simples inscriptions comptables, elles constituaient des sommes retenues afin de satisfaire à la dette des employés au titre des contributions et cotisations relatives à ces gains. Les sommes retenues à cette fin, se sont trouvées retenues en fiducie au bénéfice du fisc qui a donc le droit de les réclamer au séquestre. Dauphin ne peut justifier la décision de première instance qui ordonne au séquestre de les lui remettre et la Cour d'appel a donc eu raison d'ordonner qu'elles soient remises au ministère du Revenu national à valoir sur la dette des employés.

La Cour d'appel a eu raison de décider que les réclamations relatives à la part de l'employeur au titre du Régime de pensions du Canada, et à la part de l'employeur de la déduction au titre de l'assurance-chômage, n'étaient pas fondées en droit. On n'a pas contesté cette conclusion dans le pourvoi à cette Cour ni attaqué l'exactitude des rajustements faits pour ces sommes avec intérêts et peines et qui ont donné le montant fixé par l'arrêt.

Suivant le raisonnement de l'arrêt *Re Deslauriers Construction Products Ltd.*, [1970] 3 O.R. 599, la réclamation au titre des déductions d'impôt sur le

itself before the receiving order could not be supported. *Deslauriers* dealt with the *Canada Pension Plan*, the relevant provisions of which were subs. 24(3) and (4). After providing in subs. 24(3) as in subs. 227(4) of the *Income Tax Act*, that the employer who has deducted an amount "shall be deemed to hold the amount so deducted in trust for Her Majesty", subs. 24(4) goes on to provide that "In the event of any liquidation" an equal amount "shall be deemed to be separate from . . . the estate in liquidation . . . whether or not that amount has in fact been kept separate". The claim for the Pension Plan deductions was upheld in *Deslauriers* by reason only of those words which are not in the *Income Tax Act*.

There remained the further question whether the quoted provisions of the *Canada Pension Plan* and the similar provisions of the *Unemployment Insurance Act* are applicable to a receiver appointed by the Court pursuant to fixed and floating charges covering all assets of an employer company. The claim for Pension Plan and Unemployment Insurance deductions cannot affect the proceeds of realization of property subject to a fixed and specific charge. From the moment such charge was created, the assets subject thereto were no longer the property of the debtor except subject to that charge. The claim for the deductions arose subsequently and thus cannot affect this charge in the absence of a statute specifically so providing. However, the floating charge did not crystallize prior to the issue of the writ and the appointment of the receiver. In the present case it makes no difference which of the two dates is selected, both are subsequent to the deductions.

The final question was whether the realization by the receiver is a "liquidation, assignment or bankruptcy" within the meaning of the provisions under consideration. There was no reason not to give the word "liquidation" its wide meaning in usual language. The majority in the Court of Appeal properly held that the amount deducted by the employer from employees' wages for Pension Plan and Unemployment Insurance contributions was to be deemed to have been held in trust for Her Majesty at the date of the receiving order and consequently was to be deemed to have been realized by the receiver out of the assets subject to the floating charge.

Board of Industrial Relations v. Avco, [1979] 2 S.C.R. 699; *Wiltshire v. Barrett*, [1966] 1 Q.B. 312; *Royal Trust Co. v. Montex Apparel Industries Ltd.*,

revenu prélevées sur les salaires versés par l'employeur lui-même avant l'ordonnance de séquestre n'est pas fondée. *Deslauriers* portait sur le *Régime de pensions du Canada*, les dispositions pertinentes étaient les par. 24(3) et (4). Après avoir établi au par. 24(3), comme au par. 227(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, que l'employeur qui a déduit un montant «est réputé détenir le montant ainsi déduit en fiducie pour Sa Majesté», le par. 24(4) établit qu'«en cas de liquidation» un montant égal «doit être considéré comme étant séparé . . . des biens en liquidation . . . que ce montant ait été ou non, en fait, conservé distinct et séparé». La réclamation pour les déductions au titre du Régime de pensions a été accueillie dans l'arrêt *Deslauriers* uniquement à cause de ces termes que l'on ne retrouve pas dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Il reste à examiner la question de savoir si les dispositions précitées du *Régime de pensions du Canada* et les dispositions analogues de la *Loi sur l'assurance-chômage* s'appliquent à un séquestre nommé par la Cour en exécution de privilèges fixes et généraux portant sur tout l'actif d'une société employeur. La réclamation des déductions au titre du Régime de pensions et de l'assurance-chômage ne peut affecter le produit de la réalisation de biens grevés d'un privilège fixe et spécifique. A partir de la création de cette charge, l'actif qui en est grevé n'est plus la propriété du débiteur qu'à charge de ce privilège. La réclamation des déductions est née plus tard et ne peut donc primer ce privilège en l'absence d'une loi le prescrivant spécifiquement. Cependant, le privilège général ne s'est pas cristallisé avant la délivrance du bref d'assignation et la nomination du séquestre. En l'espèce, que l'on choisisse l'une ou l'autre date n'a pas d'importance, les deux étant postérieures aux déductions.

La dernière question est celle de savoir si la réalisation par le séquestre constitue une «liquidation, cession ou faillite» au sens des dispositions en cause. Il n'y a aucune raison de ne pas donner au terme anglais «liquidation» son sens large dans la langue courante. A bon droit, la majorité de la Cour d'appel a statué que le montant que l'employeur a prélevé sur les salaires des employés au titre des contributions au Régime de pensions et à l'assurance-chômage devait être réputé avoir été détenu en fiducie pour Sa Majesté à la date de l'ordonnance de séquestre et, en conséquence, devait être réputé avoir été réalisé par le séquestre à même l'actif grevé du privilège général.

Jurisprudence: *Commission des relations de travail c. Avco*, [1979] 2 R.C.S. 699; *Wiltshire v. Barrett*, [1966] 1 Q.B. 312; *Royal Trust Co. v. Montex Apparel Indus-*

[1972] 2 O.R. 673, aff'd [1972] 3 O.R. 132; *Davey v. Gibson* (1930), 65 O.L.R. 379, referred to.

Per Estey and Chouinard JJ., dissenting in part: The Payment of Wages Act of Manitoba created a charge secured by a statutory lien against the assets of Xyloid, in an amount equal to the wages owing as defined in the Act, which means those wages owing less an amount equal to lawful deductions that may be made by an employer.

The lien against the assets of Xyloid as subsequently received by the receiver on its appointment was in existence at the time of that appointment, and attached to and continued to exist as a lien and charge on those assets into the post-appointment period. The receiver, in making the payments it did to the former employees of Xyloid, was not distributing wages to those employees but was rather simply paying off the statutory lien and charge. In doing so, it clearly did not act as the agent of Xyloid but simply as an officer of the court in the discharge of its responsibilities under the order of appointment. Dauphin therefore was entitled against the respondent to retain the sum of \$3,474.83 claimed by the respondent with reference to the post-appointment period.

Xyloid contrary to the direction contained in each of the *Canada Pension Plan Act*, the *Unemployment Insurance Act* and the *Income Tax Act* failed to keep "separate and apart from his own moneys . . ." any amount so deducted or withheld upon the payment of wages to its then employees. Each of the three sections, after giving such a direction, provides in different ways that the moneys deducted or withheld are held "in trust for Her Majesty". The terms of the *Canada Pension Plan Act* and the *Unemployment Insurance Act* provide further that "in the event of any liquidation, assignment or bankruptcy of an employer [an amount equal to these moneys] shall be deemed to be separate from and form no part of the estate in liquidation, assignment or bankruptcy, whether or not that amount has in fact been kept separate and apart from the employer's own moneys or from the assets of the estate".

Clearly, there was no assignment or bankruptcy of Xyloid. The meaning to be properly applied to the word 'liquidation' in each of the three statutes is liquidation of the employer entity. In legal matters, such a term connotes the winding up of the entity by realizing upon its assets, paying off its liabilities, and distributing the surplus, if any, rateably amongst shareholders according to their precedence. There was no such proceeding with reference to Xyloid and hence the provisions of subs. (4) of s. 24 of the *Canada Pension Plan Act*, subs. (3) of s.

tries Ltd., [1972] 2 O.R. 673, conf. par [1972] 3 O.R. 132; *Davey v. Gibson* (1930), 65 O.L.R. 379.

Les juges Estey et Chouinard, dissidents en partie: The Payment of Wages Act du Manitoba a créé une créance garantie par un privilège sur l'actif de Xyloid, d'un montant égal aux salaires dus suivant la définition de la Loi, savoir les salaires dus, moins une somme égale aux déductions qu'un employeur peut légalement faire.

Le privilège sur l'actif de Xyloid dont le séquestre a pris possession à sa nomination, existait au moment de cette nomination et il a continué à grever cet actif pendant la période de post-nomination. Lorsque le séquestre a fait ces versements aux anciens employés de Xyloid, il ne leur distribuait pas un salaire, mais réglait simplement la créance privilégiée créée par la loi. Ce faisant, il est clair qu'il n'agissait pas comme mandataire de Xyloid mais simplement comme officier de la Cour dans l'exécution des obligations imposées par l'ordonnance de nomination. En conséquence, Dauphin a gain de cause et a droit de retenir la somme de \$3,474.83 que l'intimée réclame à l'égard de la période de post-nomination.

Contrairement aux obligations imposées respectivement par le *Régime de pensions du Canada*, la *Loi sur l'assurance-chômage* et la *Loi de l'impôt sur le revenu*, Xyloid a omis de conserver «distinct et séparé de ses propres fonds . . .» tout montant déduit ou retenu du salaire de ses employés d'alors. Après avoir créé cette obligation, chacune des trois dispositions établit de différentes façons que les sommes déduites ou retenues le sont «en fiducie pour Sa Majesté». Les termes employés par le *Régime de pensions du Canada* et la *Loi sur l'assurance-chômage* établissent de plus qu'en cas de liquidation, de cession ou de faillite d'un employeur, [un montant égal à ces fonds] doit être considéré comme étant séparé et ne formant pas partie des biens en liquidation, cession ou faillite, que ce montant ait été ou non, en fait conservé distinct et séparé des propres fonds de l'employeur et de la masse des biens».

Il est clair qu'il n'y a pas eu de cession ni de faillite de Xyloid. Le sens qu'il faut donc donner au terme «liquidation» dans chacune de ces trois lois est celui de liquidation de l'entité de l'employeur. En matière juridique, ce terme signifie la dissolution (winding-up) de l'entité par la réalisation de son actif, le règlement de son passif et la distribution du surplus, s'il y en a un, aux actionnaires, proportionnellement et selon leur rang. Il est évident qu'aucune procédure de cette nature n'a été entreprise en l'espèce à l'égard de Xyloid et les disposi-

71 of the *Unemployment Insurance Act* and s. 227(4) and (5) of the *Income Tax Act* have no application.

The *Income Tax Act* provision (s. 227(5)) does not include the extended provision with reference to a deeming of separation in the event of liquidation and hence the respondent, even if the event of liquidation had occurred, would have no assistance from the statute in determining a segregation of accounts.

The payments by Xyloid, therefore, in the pre-appointment period post-date the accrual of the wage entitlement. Xyloid failed to maintain the deductions separate and apart from its own moneys and assets, and Xyloid was not in liquidation, was not in bankruptcy, and had made no assignment, and therefore the express waiver of the requirement of separation legislated in two of the three statutes does not avail the respondent. Therefore, as in the case of the post-appointment period, the appellant is entitled to those moneys withheld by the receiver with reference to deductions made in this period as well.

Royal Trust Co. v. Montex Apparel Industries Ltd., *supra*; *Bank of Nova Scotia v. Middleton Motors Ltd.* (1978), 78 D.T.C. 6307; *Re KRA Restaurants Ltd. v. Toronto Dominion Bank* (1977), 74 D.L.R. (3d) 272, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba¹, reversing a judgment of Wright J., and allowing certain claims of the Crown in respect of source deductions under the *Income Tax Act*, the *Canada Pension Plan* and the *Unemployment Insurance Act*. Appeal allowed in part, Estey and Chouinard JJ. dissenting in part.

John Lamont and *R. T. Willis*, for the plaintiff appellant.

T. B. Smith, Q.C., and *Craig Henderson*, for the applicant, respondent.

The judgment of Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz and McIntyre JJ. was delivered by

PIGEON J.—This is an appeal by leave of this Court from the judgment of the Court of Appeal for Manitoba¹ reversing the judgment of Wright J.² and directing that Dauphin Plains Credit

tions des par. 24(4) du *Régime de pensions du Canada*, 71(3) de la *Loi sur l'assurance-chômage* et 227(4) et (5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne s'appliquent donc pas.

Le paragraphe 227(5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne contient pas la disposition élargie qui crée une présomption en cas de liquidation et, par conséquent, même s'il y avait eu liquidation, l'intimée ne trouverait aucun secours dans la Loi pour établir une séparation des comptes.

Par conséquent, les paiements effectués par Xyloid pendant la période de pré-nomination sont postérieurs à la naissance du droit au salaire. Xyloid n'a pas conservé les déductions séparées et distinctes de ses propres fonds et de son actif, et elle n'était pas en liquidation ni en faillite ni n'avait fait de cession; par conséquent, l'intimée ne peut se prévaloir de la dispense expresse de l'obligation de séparer les fonds, établie dans deux des trois lois. Comme dans le cas de la période de post-nomination, l'appelante a droit aux montants qu'a retenus le séquestre à l'égard des déductions faites durant cette période.

Jurisprudence: *Royal Trust Co. v. Montex Apparel Industries Ltd.*, précité; *Bank of Nova Scotia v. Middleton Motors Ltd.* (1978), 78 D.T.C. 6307; *Re KRA Restaurants Ltd. v. Toronto Dominion Bank* (1977), 74 D.L.R. (3d) 272.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba¹ qui a infirmé le jugement du juge Wright et accueilli certaines réclamations de Sa Majesté à l'égard de retenues à la source faites en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, du *Régime de pensions du Canada* et de la *Loi sur l'assurance-chômage*. Pourvoi accueilli en partie, les juges Estey et Chouinard étant dissidents en partie.

John Lamont et *R. T. Willis*, pour la demanderesse, appelante.

T. B. Smith, c.r., et *Craig Henderson*, pour la requérante, intimée.

Version française du jugement des juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz et McIntyre rendu par

LE JUGE PIGEON—Ce pourvoi est interjeté avec l'autorisation de cette Cour à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba¹ qui infirme le jugement du juge Wright² et ordonne à Dauphin

¹ [1979] 2 W.W.R. 514.

² [1978] 3 W.W.R. 658.

¹ [1979] 2 W.W.R. 514.

² [1978] 3 W.W.R. 658.

Union Limited (the "Credit Union"), the appellant in this Court, do pay to Her Majesty The Queen, the respondent in this Court, the sum of \$6,278.81.

As security for debts in excess of a million dollars, the Credit Union had obtained from Xyloid Industries Ltd. (the "Company") debentures whereby a first fixed and specific charge was created on all its real and immovable property with a floating charge on all its other assets. The debtor being in default, the Credit Union instituted an action on March 30, 1977 and, on the following day, March 31, 1977, obtained a receiving order whereby the Clarkson Company Limited was appointed receiver. The receiver having realized the assets of the company was authorized to pay the net proceeds of realization to the secured creditor, the Credit Union, subject to a claim of the Department of National Revenue in the amount of \$7,416.57. An application for an order directing the payment of this sum was made on behalf of the Crown based on assessments made up as follows:

1. Pre March 31, 1977

| | |
|---|------------|
| Income tax source deductions | \$2,550.78 |
| Canada Pension Plan, employee portion | 275.43 |
| Canada Pension Plan, employer portion | 275.43 |
| Unemployment Insurance deduction employee portion | 244.77 |
| Unemployment Insurance deduction employer portion | 342.68 |
| Interest and penalties | 647.25 |

TOTAL ASSESSMENT \$4,336.34

2. Post March 31, 1977

| | |
|---|----------|
| Income tax source deductions | 2,068.05 |
| Canada Pension Plan, employee portion | 220.05 |
| Canada Pension Plan, employer portion | 220.05 |
| Unemployment Insurance deduction employee portion | 196.16 |
| Unemployment Insurance deduction employer portion | 274.63 |
| Interest and penalties | 495.89 |

\$3,474.83

Plains Credit Union Limited (la «Caisse»), appelante en cette Cour, de verser à Sa Majesté La Reine, intimée en cette Cour, la somme de \$6,278.81.

En garantie de dettes de plus d'un million de dollars, la Caisse avait obtenu de Xyloid Industries Ltd. (la «Société») des obligations qui créaient un premier privilège fixe et spécifique sur tous ses biens immeubles et un privilège général sur tout le reste de son actif. La débitrice étant en défaut, la Caisse a intenté une action le 30 mars 1977 et le lendemain, 31 mars 1977, a obtenu une ordonnance de mise sous séquestre par laquelle Clarkson Company Limited a été nommée séquestre. Ayant réalisé l'actif de la Société le séquestre a été autorisé à en verser le produit net à la créancière garantie, la Caisse, sous réserve d'une réclamation du ministère du Revenu national au montant de \$7,416.57. Sa Majesté a demandé une ordonnance portant que cette somme lui soit versée; sa demande est fondée sur des cotisations établies comme suit:

[TRADUCTION] 1. Avant le 31 mars 1977

| | |
|--|------------|
| Déductions à la source au titre de l'impôt sur le revenu | \$2,550.78 |
| Régime de pensions du Canada, part de l'employé | 275.43 |
| Régime de pensions du Canada, part de l'employeur | 275.43 |
| Déduction au titre de l'assurance-chômage, part de l'employé | 244.77 |
| Déduction au titre de l'assurance-chômage, part de l'employeur | 342.68 |
| Intérêts et peines | 647.25 |

COTISATION TOTALE \$4,336.34

2. Après le 31 mars 1977

| | |
|--|------------|
| Déductions à la source au titre de l'impôt sur le revenu | \$2,068.05 |
| Régime de pensions du Canada, part de l'employé | 220.05 |
| Régime de pensions du Canada, part de l'employeur | 220.05 |
| Déduction au titre de l'assurance-chômage, part de l'employé | 196.16 |
| Déduction au titre de l'assurance-chômage, part de l'employeur | 274.63 |
| Intérêts et peines | 495.89 |

\$3,474.83

The amounts under the heading "Pre March 31, 1977" were claimed in respect of wages paid by the company before the receiving order and as to this the trial judge made the following finding (at p. 660):

... Because of the specific allegation of Mr. Johnson (para. 4 of his affidavit) that an audit shows the deductions claimed were in fact made, and because, in argument, counsel for the defendant made no submission otherwise, I accept as factual that the required statutory amounts were deducted by the defendant before or when the wage payments were made by it *before* the date of receivership.

The allegation referred to by the trial judge is para. 2 of the affidavit reading as quoted (at p. 659):

2. That I am advised and believe that the Minister of National Revenue caused an assessment to be raised against Xyloid Industries Ltd. This assessment was raised pursuant to an audit that was performed on the books of Xyloid Industries Ltd. in Receivership and represents unpaid source deductions apparent on the books of Xyloid Industries Ltd. for the months of February, March, and April, 1977.

The assessment under the heading "Post March 31, 1977" was made against the receiver but it did not relate as Monnin J.A. said (at p. 517) to "wages earned in April 1977, after the receivership". It was admitted at the hearing in this Court that deductions on wages earned in the service of the receiver had been duly remitted. The assessment related to wages which were earned prior to March 31, 1977, but were paid by the receiver pursuant to *The Payment of Wages Act* of Manitoba. Counsel for the Credit Union admitted that when paying those wages to the employees the receiver had withheld the amounts claimed as income tax source deductions, Canada Pension Plan, employee portion and Unemployment Insurance deduction, employee portion. In other words, the receiver paid the employees the amount of wages due, net of those deductions and he was assessed under date January 25, 1978, "for failure to remit as required" in this respect. I find it

Les sommes qui figurent sous la rubrique «Avant le 31 mars 1977» ont été réclamées à l'égard des salaires versés par la Société avant que ne soit rendue l'ordonnance de séquestre et, à ce sujet, le juge de première instance est venu à la conclusion suivante (à la p. 660):

[TRADUCTION] ... Vu l'allégation spécifique de M. Johnson (par. 4 de son affidavit) qu'une vérification démontre que les déductions réclamées ont effectivement été faites et vu que, dans sa plaidoirie, l'avocat de la défenderesse n'a pas soutenu le contraire, j'accepte comme établi que la défenderesse a déduit les sommes exigées par la loi avant de verser les salaires ou au moment où elle les a versés et cela, *avant* la date de la mise sous séquestre.

L'allégation que mentionne le juge de première instance est le paragraphe 2 de l'affidavit qui se lit comme suit (à la p. 659):

[TRADUCTION] 2. Que l'on m'informe et que je crois que le ministre du Revenu national a établi une cotisation contre Xyloid Industries Ltd. Cette cotisation a été établie à la suite d'une vérification des livres de Xyloid Industries Ltd. sous séquestre, et représente les déductions à la source impayées qui figurent aux livres de Xyloid pour les mois de février, mars et avril 1977.

La cotisation qui figure sous la rubrique «Après le 31 mars 1977» a été établie contre le séquestre mais, comme l'a dit le juge Monnin en Cour d'appel (à la p. 517), ne se rapporte pas à [TRADUCTION] «du salaire gagné en avril 1977, après la mise sous séquestre». On a reconnu à l'audition devant cette Cour que les déductions faites sur le salaire gagné au service du séquestre ont bien été remises. La cotisation se rapporte à du salaire gagné avant le 31 mars 1977, mais payé par le séquestre conformément à *The Payment of Wages Act* du Manitoba. L'avocat de la Caisse a reconnu que, lorsqu'il a versé ce salaire aux employés, le séquestre a retenu les montants réclamés comme déduction à la source au titre de l'impôt sur le revenu, comme part de l'employé au titre du Régime de pensions du Canada et comme part de l'employé de la déduction au titre de l'assurance-chômage. En d'autres termes, le séquestre a versé aux employés le montant du salaire dû, moins ces

convenient to deal with this part of the claim first.

The Payment of Wages Act, 1975 (Man.), c. 21, provides:

1. In this Act,

(h) "wage" or "wages" includes salaries, commissions, or any compensation for labour or services measured by time, piece, or otherwise, and any pay which is due and payable to an employee including moneys payable under The Vacations With Pay Act or moneys payable in cases of termination of employment under The Employment Standards Act; but does not include any deductions from wages that may be lawfully made by an employer.

7(1) Notwithstanding any other Act, the amount of wages due and payable by an employer to an employee not exceeding \$2,000.00 constitutes a lien and charge on the property and assets of the employer in favour of the employee, and is payable in priority to any other claim or right, including those of the Crown in right of Manitoba, and without limiting the generality of the foregoing that priority extends over every assignment, including an assignment of book debts, whether absolute or otherwise, every mortgage on real or personal property, and every debenture.

The relevant provisions of the *Income Tax Act* (enacted 1970-71-72, c. 63) are:

153. (1) Every person paying

(a) salary or wages or other remuneration to an officer or employee,

at any time in a taxation year shall deduct or withhold therefrom such amount as may be prescribed and shall, at such time as may be prescribed, remit that amount to the Receiver General of Canada on account of the payee's tax for the year under this Part.

(3) When an amount has been deducted or withheld under subsection (1), it shall, for all the purposes of this Act, be deemed to have been received at that time by

déductions, et il a été cotisé en date du 25 janvier 1978, [TRADUCTION] «pour omission de remettre tel qu'exigé» à cet égard. Il est plus commode de traiter en premier lieu de cette partie de la réclamation.

The Payment of Wages Act, 1975 (Man.), chap. 21, dispose:

[TRADUCTION] 1. Dans la présente loi,

h) «salaire» ou «salaires» comprend un traitement, une commission ou autre indemnité pour un travail ou des services mesurés au temps, à la pièce ou autrement, et toute rémunération due et payable à un employé y compris les sommes payables en vertu de The Vacations With Pay Act ou les sommes payables en cas de cessation d'emploi en vertu de The Employment Standards Act; mais ne comprend pas les déductions du salaire qu'un employeur peut légalement faire.

7(1) Nonobstant toute autre loi, le montant du salaire n'excédant pas \$2,000, dû et payable par un employeur à un employé, constitue une créance privilégiée sur les biens et l'actif de l'employeur, payable à l'employé par préférence à toute autre dette ou créance, y compris celles de Sa Majesté du chef du Manitoba et, sans limiter la portée de ce qui précède, ce privilège prévaut contre toute cession, y compris une cession de créance, absolue ou non, toute hypothèque sur biens réels ou personnels, et toute obligation.

Les dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (1970-71-72, chap. 63) sont les suivantes:

153. (1) Toute personne qui verse

a) un traitement, un salaire ou autre rémunération à un cadre ou employé,

à une date quelconque dans une année d'imposition, doit en déduire la somme qui peut être prescrite ou retenir cette somme, et elle doit, à la date qui peut être fixée, remettre cette somme au receveur général du Canada à valoir sur l'impôt du bénéficiaire pour l'année en vertu de la présente Partie.

(3) Lorsqu'une somme a été déduite ou retenue en vertu du paragraphe (1), elle est, pour l'application générale de la présente loi, réputée avoir été reçue à

the person to whom the remuneration, benefit, payment, fees, commissions or other amounts were paid.

It is important to consider the nature of the deduction for income tax. It is not a deduction for the benefit of the employer, it is a withholding for the benefit of the employee because it is to be remitted to the Receiver General of Canada on account of the employee's tax indebtedness. By virtue of other provisions of the *Income Tax Act* if, as happens in a large number of cases, the withholdings exceed the employee's tax liabilities, a refund will be made to the employee by the Department of National Revenue. Therefore, the amount withheld remains a part of the wages, and subs. 153(3) provides that it is "deemed to have been received" by him at the time the payment was made less the deduction. Furthermore, subs. 227(4) of the *Income Tax Act* provides:

(4) Every person who deducts or withholds any amount under this Act shall be deemed to hold the amount so deducted or withheld in trust for Her Majesty.

In the present case, the Credit Union is, in effect, contending that *The Payment of Wages Act* authorized the receiver to make the income tax deduction for the benefit of the debenture holder. In my view, this is a complete subversion of the purpose of such a deduction. At the hearing, I said to the appellant's counsel: "You contend that the deductions made from the wages enure to the benefit of the creditor?" His answer was: "That is the practical, but not the legal result". I just cannot see how what is true in fact, may be false in law. In my view, counsel's assertion reveals the inherent contradiction in the Credit Union's position. Section 153 of the *Income Tax Act* is the only law under which anyone can make a deduction for income tax, but this section goes on to provide in subs. (4), that the amount so deducted shall be held "in trust for Her Majesty". No law of Manitoba can possibly change that. How can the Credit Union claim that the amount deducted was held for its benefit?

cette date par la personne à qui la rémunération, la prestation, le paiement, les honoraires, les commissions ou d'autres sommes ont été payées.

Il importe d'examiner la nature de la déduction au titre de l'impôt sur le revenu. Ce n'est pas une déduction au profit de l'employeur, c'est une retenue au profit de l'employé, parce qu'elle doit être remise au receveur général du Canada à valoir sur l'impôt dû par l'employé. En vertu d'autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, si, ce qui est fréquent, les retenues excèdent l'obligation fiscale de l'employé, le ministère du Revenu national remboursera l'employé. En conséquence, une somme retenue fait toujours partie du salaire, et le par. 153(3) prévoit qu'elle est «réputée avoir été reçue» par l'employé à la date où le versement a été fait moins la déduction. De plus, le par. 227(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* établit ce qui suit:

(4) Toute personne qui déduit ou retient un montant quelconque en vertu de la présente loi est réputée retenir le montant ainsi déduit ou retenu en fiducie pour Sa Majesté.

En l'espèce, la Caisse soutient, en réalité, que *The Payment of Wages Act* autorisait le séquestre à faire la déduction d'impôt sur le revenu au profit du créancier de l'obligation. A mon avis, c'est là fausser complètement l'objet de cette déduction. A l'audition, j'ai dit à l'avocat de l'appelante: [TRADUCTION] «Vous prétendez que les déductions prélevées sur les salaires profitent au créancier?» Il a répondu: [TRADUCTION] «C'est là l'effet pratique, mais non l'effet en droit.» Je suis incapable de voir comment ce qui est vrai en fait peut être faux en droit. A mon avis, l'assertion de l'avocat fait ressortir la contradiction inhérente à la position de la Caisse. L'article 153 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est le seul texte de loi qui permet à quelqu'un de faire une déduction au titre de l'impôt sur le revenu, mais cet article dispose ensuite, au par. (4), que le montant ainsi déduit est retenu «en fiducie pour Sa Majesté». Aucune loi du Manitoba ne peut changer cela. Comment la Caisse peut-elle prétendre que le montant déduit a été retenu à son profit?

It must also be considered that, by virtue of s. 153(3) the employees are deemed to have received their wages in full, so that they are liable for income tax on that basis. But, the position taken by the Credit Union means that it would get the benefit of the deductions so that the employees would have to pay income tax to the Department of National Revenue on what they have not received and for which they would get no credit.

With respect, it appears to me that the trial judge has failed to consider the consequences of allowing a receiver to make deductions for income tax when paying wages and then failing to treat those deductions as withholdings on account of income tax. This is not only a contradictory position but, if upheld, would amount to an unfair diversion which the Legislature of Manitoba cannot possibly have intended to authorize by the definition of wages in *The Payment of Wages Act*.

In view of the purpose of *The Payment of Wages Act* it appears to me that the deductions contemplated in the definition of "wages" are only those which may be made for the benefit of the employer. This appears not only from the considerations above stated, but also from the very wording of the provision: "deductions from wages that may be lawfully made by an employer". The withholdings directed by the *Income Tax Act* etc. are not deductions that may be made by an employer, they are deductions that shall be made. In my view, the Legislature of Manitoba when speaking of deductions that may be made by an employer had in mind deductions of the same nature as those which are contemplated in s. 25 of *The Employment Standards Act*, R.S.M. 1970, c. E110:

25. A board upon the written authorization of the minister may, with respect to the area for which it is appointed, make recommendations in writing respecting

- (a) standards of minimum wages to be paid to employees
 - (i) of different ages; or
 - (ii) who are inexperienced, handicapped, or special employees;

Il faut aussi tenir compte de ce qu'en vertu du par. 153(3), les employés sont réputés avoir reçu leur salaire en entier, et sont en conséquence assujettis à l'impôt sur cette base. La position adoptée par la Caisse aurait cependant pour résultat qu'elle bénéficierait des déductions de sorte que les employés devraient payer au ministère du Revenu national un impôt sur un revenu qu'ils n'ont pas reçu et au titre duquel ils n'obtiendraient aucun délit.

Avec égards le juge de première instance me paraît avoir omis de tenir compte des conséquences que cela comporte si l'on permet à un séquestre de faire des déductions au titre de l'impôt sur le revenu en payant du salaire et de ne pas considérer ces déductions comme des retenues à ce titre. Non seulement c'est contradictoire, mais, si on l'admettait, cela constituerait un détournement injuste que la législature du Manitoba n'a pas pu avoir l'intention d'autoriser par la définition de salaire dans *The Payment of Wages Act*.

Compte tenu de l'objet de *The Payment of Wages Act*, les déductions visées par la définition de «salaire» me paraissent être seulement celles qui peuvent être faites au profit de l'employeur. Cela ressort non seulement des considérations déjà énoncées, mais également des termes mêmes de la disposition: «déductions du salaire qu'un employeur peut légalement faire». Les retenues prescrites par la *Loi de l'impôt sur le revenu* etc. ne sont pas des déductions qu'un employeur peut faire, ce sont des déductions qu'il doit faire. A mon avis, la législature du Manitoba, en parlant de déductions qu'un employeur peut faire, avait à l'esprit des déductions de la même nature que celles visées à l'art. 25 de *The Employment Standards Act*, R.S.M. chap. E110:

[TRADUCTION] 25. Un comité peut, sur autorisation écrite du ministre, faire des recommandations écrites, concernant la région pour laquelle il a été constitué, à l'égard

- a) des normes de salaire minimum à verser à des employés
 - (i) d'âges différents; ou
 - (ii) qui n'ont pas d'expérience, sont handicapés ou sont des employés spéciaux;

(b) the maximum proportion of employees classified under sub-clause (ii) of clause (a) to other employees in the same employment; and

(c) the maximum amount, if any, that may be deducted from the prescribed minimum wage in cases where the employer furnishes to the employee board, lodging, uniforms, laundry, or other service.

I have underlined the words "that may be deducted" which appear in this statute in *pari materia* of the same province; they are indicative of what was contemplated. In *The Payment of Wages Act* as in *The Employment Standards Act* the legislature was exclusively concerned with matters within its jurisdiction. In respect of deductions, minimum wage orders are concerned only with those which are under the control of the provincial legislature, they make no reference to the deductions required by federal statutes although employers obviously have to make them. In my view, the provision with respect to deductions in *The Payment of Wages Act* is to be similarly viewed. It is concerned only with matters under the control of the Legislature. It is a well-established rule that provincial enactments are presumed to be intended to avoid interference with federal legislation.

The recent judgment of this Court in *Board of Industrial Relations v. Avco*³ affords an example of a restricted meaning ascribed to a provision of the British Columbia *Payment of Wages Act* to avoid untoward consequences. The provision under consideration created "a lien and charge . . . payable in priority over any other claim or right . . .". Giving the unanimous opinion, Martland J. said (at p. 706):

... The property to which a s. 5A lien attaches is not defined nor identified. In the absence of a specific statutory provision to that effect, in my view it should not be construed in a manner which could deprive third parties of their pre-existing property rights.

In my view, the Manitoba statute should not be construed in a manner which would deprive a third party, the tax collector, of his proper rights. The Legislature is not presumed to have intended an inconsistency and I would find it inconsistent to

³ [1979] 2 S.C.R. 699.

b) la proportion maximale des employés de la catégorie (ii) de l'alinéa a) par rapport aux autres employés exerçant le même emploi; et

c) le montant maximum, s'il en est, qui peut être déduit du salaire minimum prescrit dans les cas où l'employeur fournit à un salarié la pension, le logement, les uniformes, les services de buanderie ou d'autres services.

J'ai souligné l'expression «qui peut être déduit» que l'on trouve dans cette loi connexe de la même province; ils donnent une idée de ce que l'on vise. Dans *The Payment of Wages Act* tout comme dans *The Employment Standards Act*, la législature ne vise que le domaine de sa compétence. A l'égard des déductions, les ordonnances de salaire minimum ne visent que celles qui relèvent du pouvoir de la législature provinciale, elles ne font pas référence aux déductions exigées par des lois fédérales, bien que les employeurs soient évidemment obligés de les faire. A mon avis, il faut interpréter de la même façon la disposition touchant les déductions dans *The Payment of Wages Act*. Elle ne vise que ce qui relève de la législature. La présomption que les lois provinciales entendent éviter d'entrer en conflit avec les lois fédérales est une règle bien établie.

L'arrêt récent de cette Cour dans *Commission des relations de travail c. Avco*³ illustre le sens restreint donné à une disposition de la *Payment of Wages Act* de la Colombie-Britannique pour éviter des résultats indésirables. La disposition en cause créait [TRADUCTION] «une créance privilégiée payable . . . par préférence à toute autre dette ou créance . . .». Rendant l'opinion unanime, le juge Martland a dit (à la p. 706):

... Les biens auxquels s'applique le privilège de l'art. 5A ne sont pas définis ou désignés. En l'absence d'une disposition statutaire en ce sens, l'art. 5A ne doit pas être interprété de façon à dépouiller les tiers de leurs droits antérieurs sur ces biens.

A mon avis, la loi du Manitoba ne doit pas être interprétée de façon à dépouiller un tiers, le fisc, de ses droits légitimes. On ne doit pas présumer que la législature a voulu créer une contradiction et je considère qu'il serait contradictoire de per-

³ [1979] 2 R.C.S. 699.

authorize deductions to be made for income tax only to be appropriated to the benefit of the employer's creditor.

In *R. v. Biron*⁴ the majority in this Court approved and applied the decision in *Wiltshire v. Barrett*⁵ where a provision reading: "A police constable may arrest without warrant a person committing an offence under this section" was held to mean "apparently committing an offence". In that case Lord Denning, dealing with the argument that if the man arrested was not prosecuted then the arrest was unlawful, said (at p. 325):

... The section does not mention cases of a third kind, namely, those cases where on inquiry at the police station it appears that there is no sufficient ground on which to proceed further against the man. Clearly, in those cases, the man should be released forthwith. There was no need in the statute to mention that contingency. It is too obvious for words. (Emphasis added.)

The trial judge held that the receiver in this case was not a person within the meaning of subs. 153(1) of the *Income Tax Act*. For this conclusion he relied on the decision of the Ontario Court of Appeal in *Royal Trust Co. v. Montex Apparel Industries Ltd.*⁶ But, in that case the question was whether the receiver came within the provisions of subs. 50(9) of the *Excise Tax Act* reading:

When the Minister has knowledge that any person has received from a licensee any assignment of any book debt ...

Here the question is whether the receiver comes within the words "Every person paying salary or wages ..." and I fail to see any reason for holding that the receiver did not come within the terms of this provision. There is no need to consider the definition of "person" in the Act. In any case this definition is not a restrictive but an extensive definition due to the word "includes". Assuming the receiver was not authorized to make the deduc-

mettre que des déductions soient faites au titre de l'impôt sur le revenu pour être affectées au profit du créancier de l'employeur.

Dans l'arrêt *R. c. Biron*⁴, la majorité de cette Cour a approuvé et appliqué l'arrêt *Wiltshire v. Barrett*⁵ où l'on a décidé qu'une disposition se lisant: [TRADUCTION] «Un constable peut arrêter sans mandat une personne en train de commettre une infraction sous le présent article» signifiait «apparemment en train de commettre une infraction». Dans cet arrêt, lord Denning, en réponse à l'argument que si la personne arrêtée n'était pas poursuivie, l'arrestation était illégale, a dit (à la page 325):

[TRADUCTION] ... Cet article ne fait pas mention de cas d'une troisième espèce, savoir, lorsque, après enquête au poste de police, il s'avère qu'il n'y a pas de preuves suffisantes pour justifier une poursuite. Il est clair que dans ces cas-là, l'individu doit être relâché sur-le-champ. Il n'était pas nécessaire de mentionner cette éventualité dans la loi. Elle est trop évidente pour qu'on en parle. (C'est moi qui souligne.)

Le juge de première instance a décidé qu'en l'espèce le séquestre n'est pas une personne au sens du par. 153(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Pour venir à cette conclusion, il s'est fondé sur l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Royal Trust Co. v. Montex Apparel Industries Ltd.*⁶ Dans cet arrêt, cependant, la question était de savoir si le séquestre était visé par les dispositions du par. 50(9) de la *Loi sur la taxe d'accise* qui se lit:

Lorsque le Ministre sait qu'une personne a reçu d'un titulaire de licence la cession d'une dette active ...

En l'espèce la question est de savoir si les termes «toute personne qui verse un traitement ou salaire ...» visent le séquestre et je ne vois aucune raison de décider qu'ils ne le visent pas. Il n'est pas nécessaire d'examiner la définition de «personne» dans la Loi, car elle n'est pas restrictive mais extensive vu le terme «comprend». Si l'on tenait pour acquis que le séquestre n'était pas autorisé à faire les déductions, la Caisse n'aurait pas droit à

⁴ [1976] 2 S.C.R. 56.

⁵ [1966] 1 Q.B. 312.

⁶ [1972] 3 O.R. 132.

⁴ [1976] 2 R.C.S. 56.

⁵ [1966] 1 Q.B. 312.

⁶ [1972] 3 O.R. 132.

tions, the Credit Union is not entitled to that part of the employees' wages, it should go to them. By having it remitted to the tax authorities the employees will be given credit therefor.

I will finally note that no argument was addressed to the Court urging that, by virtue of subs. 152(8) and 227(10), the assessment on the receiver could not be disputed otherwise than by appeal under the provisions of the *Income Tax Act*. Under the circumstances, I do not find it necessary to consider the point before coming to the conclusion that the appeal fails in respect of the deductions made by the receiver out of wages paid under *The Payment of Wages Act*.

With respect to the deductions made by the receiver for the Canada Pension Plan, employee portion, and the Unemployment Insurance, employee portion, the trial judge said (at pp. 664-665):

Both acts speak in terms of the obligation to deduct as lying with the employer of the persons receiving the payments, and the receiver-manager, not being such an employer, therefore had no obligation to make the deductions claimed.

In my view, the question is not whether the claim would succeed if the receiver had not made those deductions. The fact is, as appears from the Johnson affidavit already quoted, that the deductions were duly made and entered in the books. In making payments to the employees pursuant to *The Payment of Wages Act* the receiver actually withheld the proper amount for Pension Plan contributions and Unemployment Insurance premiums. These amounts represented a debt due by the recipients of the wages under the provisions of s. 8 of the *Canada Pension Plan* and s. 62 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*. The receiver had ample funds for paying the full amount of wages due and therefore the deductions made were true deductions, not mere book-keeping entries, they were money withheld for the purpose of satisfying the employees' indebtedness for contributions and premiums in respect of those earnings. This money withheld for such purpose became held in trust in favour of the tax collector who is therefore entitled to claim it from the receiver.

cette partie du salaire des employés, c'est à eux qu'elle devrait échoir. En ordonnant qu'elle soit remise au fisc, les employés se la verront créditer.

Je note enfin que l'on n'a pas soutenu devant la Cour qu'en vertu des par. 152(8) et 227(10), la cotisation établie contre le séquestre ne pouvait être contestée autrement que par un appel interjeté conformément aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Dans les circonstances, je suis d'avis qu'il n'est pas nécessaire d'examiner ce point pour venir à la conclusion que le pourvoi doit échouer à l'égard des déductions que le séquestre a faites sur le salaire payé conformément à *The Payment of Wages Act*.

En ce qui concerne les déductions que le séquestre a faites au titre du Régime de pensions du Canada, part de l'employé, et de l'assurance-chômage, part de l'employé, le premier juge a dit (aux pp. 664 et 665):

[TRADUCTION] Les deux lois prescrivent que l'employeur de personnes qui reçoivent les paiements a l'obligation de faire les déductions, le séquestre-gérant, qui n'est pas un tel employeur, n'avait donc aucune obligation de faire les déductions réclamées.

A mon avis, la question n'est pas de savoir si la demande réussirait si le séquestre n'avait pas effectué les déductions. Le fait est, comme il ressort de l'affidavit de Johnson déjà cité, que les déductions ont bien été effectuées et inscrites aux livres. En faisant des paiements aux employés conformément à *The Payment of Wages Act*, le séquestre a bien retenu le montant exact des contributions au Régime de pensions et des cotisations d'assurance-chômage. Ces sommes représentaient une dette due par les personnes qui ont reçu le salaire, en vertu des dispositions de l'art. 8 du *Régime de pensions du Canada* et de l'art. 62 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. Le séquestre avait des fonds suffisants pour payer le montant complet des salaires dus et, en conséquence, les déductions effectuées étaient de véritables déductions, et non de simples inscriptions comptables, elles constituaient des sommes retenues afin de satisfaire à la dette des employés au titre des contributions et cotisations relatives à ces gains. Les sommes retenues à cette fin, se sont trouvées retenues en

The Credit Union cannot justify the judgment at trial directing the receiver to give it those moneys and it was therefore properly ordered by the judgment of the Court of Appeal to turn them over to the Department of National Revenue so that they may be credited against the employees' indebtedness.

I find it clear that the Court of Appeal was correct in holding that there was no legal basis for the claims for the Canada Pension Plan, employer portion, and the Unemployment Insurance deduction, employer portion. This conclusion was not challenged on the appeal to this Court and no question has been raised as to the correctness of the adjustments which were made for those sums with interest and penalties and resulted in the amount fixed by the judgment.

The assessment entitled "Pre March 31, 1977" involves entirely different considerations. The claim is for deductions which were made by the employer when paying wages prior to the making of the receiving order. The sums withheld were merely deducted from the wages paid, they were not set apart. In fact, the company was short of funds and did not have funds available to be set aside as required by law. It was not disputed that the funds corresponding to the deductions could not be traced. These withholdings merely represented deductions from the wages paid, not money set aside at the time. The material statutory provisions of the *Income Tax Act* are subss. 227(4) and (5):

(4) Every person who deducts or withholds any amount under this Act shall be deemed to hold the amount so deducted or withheld in trust for Her Majesty.

(5) All amounts deducted or withheld by a person under this Act shall be kept separate and apart from his own moneys and in the event of any liquidation, assignment or bankruptcy the said amounts shall remain apart and form no part of the estate in liquidation, assignment or bankruptcy.

The trial judge said on this point (at p. 662):

Insofar as the claim for income tax deductions from wages paid *before* the receivership is concerned, under

fiducie au bénéfice du fisc qui a donc le droit de les réclamer au séquestre. La Caisse ne peut justifier la décision de première instance qui ordonne au séquestre de les lui remettre et la Cour d'appel a donc eu raison d'ordonner qu'elles soient remises au ministère du Revenu national à valoir sur la dette des employés.

J'estime évident que la Cour d'appel a eu raison de décider que les réclamations relatives à la part de l'employeur au titre du Régime de pensions du Canada, et à la part de l'employeur de la déduction au titre de l'assurance-chômage, n'étaient pas fondées en droit. On n'a pas contesté cette conclusion dans le pourvoi à cette Cour ni attaqué l'exactitude des rajustements faits pour ces sommes avec intérêts et peines et qui ont donné le montant fixé par l'arrêt.

La cotisation sous la rubrique «Avant le 31 mars 1977» soulève des questions entièrement différentes. Elle vise les déductions que l'employeur a faites lorsqu'il a payé des salaires avant l'ordonnance de séquestre. Les sommes retenues ont simplement été déduites des salaires versés, et n'ont pas été mises à part. En fait, la Société était à court d'argent et n'avait pas en main le montant qu'elle était tenue de mettre à part conformément à la loi. On n'a pas contesté que le montant correspondant aux déductions ne pouvait être retracé. Ces retenues représentaient simplement des déductions faites sur les salaires payés et non de l'argent mis à part à l'époque. Les dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont les par. 227(4) et (5):

(4) Toute personne qui déduit ou retient un montant quelconque en vertu de la présente loi est réputée retenir le montant ainsi déduit ou retenu en fiducie pour Sa Majesté.

(5) Tous les montants déduits ou retenus par une personne en conformité de la présente loi doivent être tenus séparés de ses propres fonds et, dans le cas d'une liquidation, cession ou faillite, ces montants doivent demeurer à part et ne former aucune partie des biens en liquidation, cession ou faillite.

Sur ce point le juge de première instance a dit (à la p. 662):

[TRADUCTION] En ce qui concerne la réclamation des déductions d'impôt relatives aux salaires versés *avant* la

the above provisions the employer must first deduct or withhold the requisite moneys, which then must be kept separate. If they are not kept separate they must be traceable as trust moneys in order to be recovered by the Crown: *Re Halletts Estate; Knatchbull v. Hallett* (1880), 13 Ch. D. 696 (C.A.); *Re Craftsmen Painting Contractors Ltd.*, [1968] 1 O.R. at 522, 11 C.B.R. (N.S.) 91, 67 D.L.R. (2d) 37, leave to appeal refused 11 C.B.R. (N.S.) 91n, and cases cited there. In the present circumstances the Crown has not established that the moneys purported to be deducted actually existed, or, if they did, that the moneys were kept in such a way as to be traceable. Thus the Crown's claim here cannot succeed.

The majority opinion in the Court of Appeal was based on the overruling of the *Craftsmen's* case by the Ontario Court of Appeal in *Re Deslauriers Construction Products Ltd.*⁷ That case, like *Craftsmen's*, dealt with the *Canada Pension Plan*, 1964-65 (Can.), c. 51 (now R.S.C. 1970, c. C-5). The relevant provisions are subs. 24(3) and (4) as follows:

(3) Where an employer has deducted an amount from the remuneration of an employee as or on account of any contribution required to be made by the employee but has not remitted such amount to the Receiver General, the employer shall keep such amount separate and apart from his own moneys and shall be deemed to hold the amount so deducted in trust for Her Majesty.

(4) In the event of any liquidation, assignment or bankruptcy of an employer, an amount equal to the amount that by subsection (3) is deemed to be held in trust for Her Majesty shall be deemed to be separate from and form no part of the estate in liquidation, assignment or bankruptcy, whether or not that amount has in fact been kept separate and apart from the employer's own moneys or from the assets of the estate.

It will be noted that after providing in subs. 24(3) as in subs. 227(4) of the *Income Tax Act*, that the employer who has deducted an amount "shall be deemed to hold the amount so deducted in trust for Her Majesty", subs. 24(4) goes on to provide that "In the event of any liquidation" an equal amount "shall be deemed to be separate from . . . the estate in liquidation . . . whether or

mise sous séquestre, l'employeur, conformément aux dispositions citées, doit d'abord déduire ou retenir les sommes requises qui doivent alors être tenues séparées. Si elles ne sont pas tenues séparées, elles doivent pouvoir être identifiées comme sommes en fiducie pour que Sa Majesté puisse les recouvrer: *Re Halletts Estate; Knatchbull v. Hallett* (1880), 13 Ch. D. 696 (C.A.); *Re Craftsmen Painting Contractors Ltd.*, [1968] 1 O.R. à la p. 522, 11 C.B.R. (N.S.) 91, 67 D.L.R. (2d) 37, autorisation d'appel refusée 11 C.B.R. (N.S.) 91n, et les décisions qui y sont citées. En l'espèce, Sa Majesté n'a pas établi que les sommes que l'on a prétendu déduire existaient réellement, ou, si c'était le cas, qu'elles avaient été conservées de telle façon qu'elles puissent être identifiées. La réclamation de Sa Majesté en l'espèce ne peut donc être accueillie.

L'opinion de la majorité en Cour d'appel est fondée sur l'arrêt *Re Deslauriers Construction Products Ltd.*⁷ par lequel la Cour d'appel de l'Ontario a statué à l'encontre du jugement rendu dans l'affaire *Craftsmen*. Cet arrêt, comme l'affaire *Craftsmen*, portait sur le *Régime de pensions du Canada*, 1964-65 (Can.), chap. 51 (maintenant S.R.C. 1970, chap. C-5). Les dispositions pertinentes étaient les par. 24(3) et (4) que voici:

(3) L'employeur qui a déduit de la rémunération d'un employé un montant au titre de la cotisation que ce dernier est tenu de verser, ou à valoir sur celle-ci, mais ne l'a pas remis au receveur général, doit garder ce montant à part, en un compte distinct du sien et il est réputé détenir le montant ainsi déduit en fiducie pour Sa Majesté.

(4) En cas de liquidation, de cession ou de faillite d'un employeur un montant égal à celui qui, selon le paragraphe (3), est réputé détenu en fiducie pour Sa Majesté doit être considéré comme étant séparé et ne formant pas partie des biens en liquidation, cession ou faillite, que ce montant ait été ou non, en fait, conservé distinct et séparé des propres fonds de l'employeur ou de la masse des biens.

On notera qu'après avoir établi au par. 24(3), comme au par. 227(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, que l'employeur qui a déduit un montant «est réputé détenir le montant ainsi déduit en fiducie pour Sa Majesté», le par. 24(4) établit qu'«en cas de liquidation» un montant égal «doit être considéré comme étant séparé . . . des biens en liquidation . . . que ce montant ait été ou non, en

⁷ [1970] 3 O.R. 599.

⁷ [1970] 3 O.R.599.

not that amount has in fact been kept separate". It is clear from the following passage of the judgment delivered by Gale C.J.O. (at pp. 601-602) that the claim for the Pension Plan deductions was upheld in *Deslauriers* by reason only of those words which are not in the *Income Tax Act*:

On the facts of the instant case again, only notional deductions appearing on the payroll records had been made as the company could meet only its net payroll and its operational expenses.

On behalf of the Attorney-General it was submitted that, while the Minister would have no claim such as is asserted in this case under s-s. (3) if s. 24 ended there, none the less, in the light of s-s. (4), the Minister did have the right to receive out of the realization of the assets a sum representing the amount which was deducted from the employees' salaries, totalling \$1,068.82. We agree with that interpretation of s-s. (4). It seems to us that s-s. (4), and particularly the concluding six words thereof, were inserted in the Act specifically for the purpose of taking the moneys equivalent to the deductions out of the estate of the bankrupt by the creation of a trust and making those moneys the property of the Minister.

We agree with Mr. Olsson on behalf of the Attorney-General that the word "deemed" in the fourth line of s-s. (4) must be used in the sense of a conclusive rather than a rebuttable presumption since the contrary case, where the amount has not in fact been kept separate and apart, is specifically dealt with in the concluding part of that very subsection.

I find the reasoning in *Deslauriers* wholly persuasive and would note that in 1956, (c. 39, s. 27) Parliament repealed subs. (6) of s. 123 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, whereby a first charge was created on the property of an employer for income tax deductions. I must therefore hold that the claim for the income tax deductions on wages paid by the employer itself before the receiving order cannot be supported.

There remains for consideration the further question whether the quoted provisions of the *Canada Pension Plan* and the similar provisions of

fait, conservé distinct et séparé». Il ressort clairement du passage suivant de l'opinion du juge en chef Gale (aux pp. 601 et 602) que la réclamation pour les déductions au titre du Régime de pensions a été accueillie dans l'arrêt *Deslauriers* uniquement à cause de ces termes que l'on ne retrouve pas dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*:

[TRADUCTION] Encore une fois, suivant les faits de l'espèce, la Société n'avait fait que des déductions fictives inscrites aux livres de paie, ne pouvant rencontrer que sa liste de paie nette et ses dépenses d'exploitation.

Au nom du procureur général, on a soutenu que, bien que la réclamation du ministre ne serait pas fondée en vertu du par. (3) si l'art. 24 se terminait là, le ministre n'en avait pas moins, par l'effet du par. (4), le droit de recevoir, à même l'actif réalisé, une somme représentant le montant prélevé sur les salaires des employés, totalisant \$1,068.82. Nous partageons cette interprétation du par. (4). Il nous semble que le par. (4), en particulier les six derniers mots, a été inséré dans la Loi dans le but spécifique de soustraire de la masse des biens du failli, par la création d'une fiducie, un montant équivalent aux déductions et d'en faire la propriété du ministre.

Nous sommes d'accord avec M^c Olsson qui soutient au nom du procureur général que le terme «réputé» à la quatrième ligne du par. (4) doit être pris dans le sens d'une présomption irréfutable plutôt que d'une présomption simple, vu que le cas contraire, celui où le montant n'a pas en fait été conservé distinct et séparé, forme spécifiquement l'objet de la dernière partie de ce même paragraphe.

Je trouve le raisonnement suivi dans l'arrêt *Deslauriers* tout à fait convaincant et ferai remarquer qu'en 1956, (chap. 39, art. 27) le Parlement a abrogé le par. 123(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148, qui constituait «une première charge» sur les biens d'un employeur pour les déductions d'impôt sur le revenu. Je dois en conséquence conclure que la réclamation au titre des déductions d'impôt sur le revenu prélevées sur les salaires versés par l'employeur lui-même avant l'ordonnance de séquestre n'est pas fondée.

Il reste à examiner la question de savoir si les dispositions précitées du *Régime de pensions du Canada* et les dispositions analogues de la *Loi sur*

the *Unemployment Insurance Act* are applicable to a receiver appointed by the Court pursuant to fixed and floating charges covering all assets of an employer company. Subsections 71(2) and (3) of the *Unemployment Insurance Act, 1971* (enacted 1970-71-72, c. 48) read:

(2) Where an employer has deducted an amount from the remuneration of an insured person as or on account of any employee's premium required to be made by the insured person but has not remitted such amount to the Receiver General, the employer shall keep such amount separate and apart from his own monies and shall be deemed to hold the amount so deducted in trust for Her Majesty.

(3) In the event of any liquidation, assignment or bankruptcy of an employer, an amount equal to the amount that by subsection (2) is deemed to be held in trust for Her Majesty shall be deemed to be separate from and form no part of the estate in liquidation, assignment or bankruptcy, whether or not that amount has in fact been kept separate and apart from the employer's own monies or from the assets of the estate.

It should first be observed that, for reasons similar to those on which the decision in the *Avco* case, *supra*, was based, the claim for Pension Plan and Unemployment Insurance deductions cannot affect the proceeds of realization of property subject to a fixed and specific charge. From the moment such charge was created, the assets subject thereto, were no longer the property of the debtor except subject to that charge. The claim for the deductions arose subsequently and thus cannot affect this charge in the absence of a statute specifically so providing. However, the floating charge did not crystallize prior to the issue of the writ and the appointment of the receiver. In the present case it makes no difference which of the two dates is selected, both are subsequent to the deductions.

The remaining question is whether the realization by the receiver is a "liquidation, assignment or bankruptcy" within the meaning of the provisions under consideration. This question was considered by Osler J. in *Royal Trust Co. v. Montex Apparel Industries Ltd.*⁸ His conclusion denying the claim for Unemployment Insurance deductions was

⁸ [1972] 2 O.R. 673.

l'assurance-chômage s'appliquent à un séquestre nommé par la Cour en exécution de privilèges fixes et généraux portant sur tout l'actif d'une société employeur. Les paragraphes 71(2) et (3) de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* (1970-71-72, chap. 48) se lisent comme suit:

(2) Lorsqu'un employeur a retenu une somme sur la rémunération d'un assuré au titre des cotisations ouvrières que l'assuré doit payer, mais n'a pas versé cette somme au receveur général, il doit séparer cette somme de ses propres fonds et il est censé la détenir en fiducie pour Sa Majesté.

(3) En cas de liquidation, de cession ou de faillite d'un employeur, la somme qui est censée, aux termes du paragraphe (2), être détenue en fiducie pour Sa Majesté est censée ne pas être comprise dans la masse de la liquidation, cession ou faillite, que cette somme ait été séparée ou non des propres fonds de l'employeur ou de l'actif de la masse.

Il faut d'abord faire remarquer que, pour des raisons analogues à celles qui motivent l'arrêt *Avco* précité, la réclamation des déductions au titre du Régime de pensions et de l'assurance-chômage ne peut affecter le produit de la réalisation de biens grevés d'un privilège fixe et spécifique. A partir de la création de cette charge, l'actif qui en est grevé n'est plus la propriété du débiteur qu'à charge de ce privilège. La réclamation des déductions est née plus tard et ne peut donc primer ce privilège en l'absence d'une loi le prescrivant spécifiquement. Cependant, le privilège général ne s'est pas cristallisé avant la délivrance du bref d'assignation et la nomination du séquestre. En l'espèce, que l'on choisisse l'une ou l'autre date n'a pas d'importance, les deux étant postérieures aux déductions.

La dernière question est celle de savoir si la réalisation par le séquestre constitue une «liquidation, cession ou faillite» au sens des dispositions en cause. Le juge Osler a examiné cette question dans *Royal Trust Company v. Montex Apparel Industries Ltd.*⁸ Sa conclusion, rejetant la réclamation des déductions au titre de l'assurance-chômage, a

⁸ [1972] 2 O.R. 673.

affirmed on appeal⁹. However, it is important to note that the provision in force at the material time (R.S.C. 1970, c. U-2, subs. 40(2)) did not include the words "whether or not the amount thereof has in fact been kept separate and apart from the employer's own assets or from the assets of the bankrupt estate". At that time those words which are now in subs. 71(3) of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, were found only in subs. 24(4) of the Pension Plan and, as we have seen, it is only by reason of those additional words that the claim was allowed in *Deslauriers*. Consequently, in their absence the claim failed on the basis of the reasoning made by Gale C.J.O. which I have already quoted and on which Osler J. relied. This was clearly sufficient to dispose of the point but he went on to say *obiter* (at p. 681):

Although no authority on this branch of the case was cited to me, it is trite law that taxing statutes are to be strictly construed and, in my view, a receivership by order of the Court is not a liquidation, assignment or bankruptcy and hence, neither s. 40 of the *Unemployment Insurance Act* nor s. 24 of the *Canada Pension Plan* have application, regardless of the above reasons. On the facts of the present case, it appears that the receiver has in reality been engaged in liquidating the defendant's enterprise. However, as was pointed out by counsel for the trustee, liquidation is not the inevitable result of a receivership and indeed, there have been many successful receiverships which have resulted in the enterprise being handed back to its owner as a going concern. It cannot be known with any degree of certainty at the moment of the appointment of a receiver whether in fact liquidation is inevitable and the effect of the various statutes must be assessed as at that moment. The task of the receiver might well be made an impossible one if the application of these statutes were made to await the outcome of his endeavours rather than being ascertainable upon his appointment.

With respect, I am unable to agree. We are not concerned with a situation where the receivership does not end up in a liquidation, just as when considering a distribution in bankruptcy one is not concerned with the situation where the receiving order is discharged. We are here dealing with a receivership which was completed by the sale and distribution of all the assets of the employer com-

été confirmée en appel⁹. Il importe cependant de noter que la disposition en vigueur à l'époque (S.R.C. 1970, chap. U-2, par. 40(2)) n'incluait pas les termes «que cette somme ait été séparée ou non des propres fonds de l'employeur ou de l'actif de la masse». A l'époque, on ne retrouvait ces termes, qui figurent maintenant au par. 71(3) de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, qu'au par. 24(4) du *Régime de pensions du Canada* et, comme nous l'avons vu, ce n'est qu'à cause de ces termes additionnels que la réclamation a été accueillie dans l'arrêt *Deslauriers*. Par conséquent, en leur absence, la réclamation doit échouer sur la base du raisonnement du juge en chef Gale que j'ai déjà cité et sur lequel le juge Osler s'est fondé. Il est clair que cela suffisait à régler la question, mais celui-ci a poursuivi, en *obiter* (à la p. 681):

[TRADUCTION] Quoique l'on ne m'ait cité aucune jurisprudence sur cet aspect de l'affaire, il est de droit élémentaire que les lois fiscales doivent recevoir une interprétation stricte et, à mon avis, une mise sous séquestre par ordre de la Cour ne constitue pas une liquidation, cession ou faillite et en conséquence ni l'art. 40 de la *Loi sur l'assurance-chômage* ni l'art. 24 du *Régime de pensions du Canada* ne s'appliquent, nonobstant les motifs qui précèdent. Suivant les faits en l'espèce, le séquestre a réellement procédé à la liquidation de l'entreprise de la défenderesse. Cependant, comme l'a fait remarquer l'avocat du fiduciaire, une mise sous séquestre n'a pas pour résultat inévitable la liquidation et, d'ailleurs, de nombreuses mises sous séquestre ont eu pour résultat heureux la remise de l'entreprise en état de fonctionnement à ses propriétaires. Il est impossible de savoir avec certitude au moment de la nomination du séquestre si la liquidation est en fait inévitable et c'est à ce moment-là qu'il faut évaluer la portée des diverses lois. Retarder l'application de ces lois jusqu'à la fin de la tâche du séquestre plutôt que de la déterminer au moment de sa nomination pourrait bien rendre cette tâche impossible.

Avec égards, je ne peux être d'accord. Il ne s'agit pas d'une situation où la mise sous séquestre ne résulte pas en une liquidation. Lors d'une répartition en faillite, on ne se préoccupe pas de la situation qui aurait existé si la déclaration de faillite avait été annulée. Il s'agit en l'espèce d'une mise sous séquestre terminée par la vente et la distribution de tout l'actif de la société employeur.

⁹ [1972] 3 O.R. 132.

⁹ [1972] 3 O.R. 132.

pany. In the statutes of Canada as they stood when the two provisions we have to construe were enacted, "liquidation" was not the word used to describe the voluntary or forced distribution of the assets of a company, the word used was "winding-up", see the *Winding-up Act*, R.S.C. 1970, c. W-10. However, the word "liquidation" was sometimes used to describe this process of dissolution of a company, for instance, in s. 6 subpar. (b) providing for the application of the Act to Canadian Companies:

(b) that are in liquidation or in process of being wound up, and, on petition by any of their shareholders or creditors, assignees or liquidators ask to be brought under this Act.

The word is also found in s. 166 with reference to a British or foreign company that "is in liquidation in the country in which its head office is situated". In the *Canada Cooperative Associations Act*, 1970-71-72 (Can.), c. 6, the word "liquidation" is found in s. 74 making the directors liable for employees' wages when, among other cases, the association has

(ii) gone into liquidation or been ordered to be wound up under the *Winding-Up Act*, or has made an assignment under the *Bankruptcy Act* or a receiving order under the *Bankruptcy Act* has been made against it . . .

It seems to me that it would not make sense to hold that, because the assets of a company were realized by a receiver appointed at the request of a creditor rather than by a liquidator or a trustee in bankruptcy appointed by a court, the claim for wages should fail. It appears to me that there is no reason not to give the word "liquidation" its wide meaning in usual language. I would follow the reasoning made by Middleton J.A. in *Davey v. Gibson*¹⁰, at p. 381:

The argument before us turned rather upon a discussion of the question whether the Act should be strictly or liberally construed. It is not, in my view, necessary to enter upon any such discussion. . . .

¹⁰ (1930), 65 O.L.R. 379.

Dans les lois du Canada en vigueur lorsque les deux dispositions que nous devons interpréter ont été adoptées, le terme «liquidation» n'était pas employé dans la version anglaise pour décrire la distribution volontaire ou forcée de l'actif d'une société, le terme employé était «winding-up», voir la *Loi sur les liquidations*, S.R.C. 1970, chap. W-10. Cependant le terme «liquidation» était parfois employé pour décrire le processus de dissolution d'une société, par exemple à l'al. 6b) qui prescrit l'application de la Loi aux sociétés canadiennes:

b) qui sont en liquidation ou en voie de passer par la liquidation et, par pétition de la part de quelqu'un de leurs actionnaires ou créanciers, cessionnaires ou liquidateurs, demandent à être assujetties à la présente loi.

Ce terme se retrouve également à l'art. 166, à propos d'une compagnie britannique ou étrangère qui est «en liquidation dans le pays où est situé son siège social». Dans la *Loi sur les associations coopératives du Canada*, 1970-71-72 (Can.), chap. 6, le terme «liquidation» se trouve à la version anglaise de l'art. 74 qui exclut la responsabilité des administrateurs pour les salaires des employés à moins que, entre autres conditions, l'association

(ii) ne se soit mise en liquidation ou n'ait été mise en liquidation par ordonnance en vertu de la *Loi sur les liquidations*, ou n'ait fait une cession en vertu de la *Loi sur la faillite*, ou qu'une ordonnance de séquestre n'ait été rendue contre elle en vertu de la *Loi sur la faillite* . . .

Il me paraîtrait absurde de décider que, parce que l'actif d'une société a été réalisé par un séquestre nommé à la demande d'un créancier plutôt que par un liquidateur ou un syndic nommé par un tribunal, la réclamation de salaires devrait échouer. Il ne me paraît pas y avoir de raison de ne pas donner au terme anglais «liquidation» son sens large dans la langue courante. J'adopterais le raisonnement fait par le juge Middleton de la Cour d'appel dans l'arrêt *Davey v. Gibson*¹⁰, à la p. 381:

[TRADUCTION] La plaidoirie devant nous a surtout porté sur la question de savoir si la Loi devait recevoir une interprétation stricte ou large. A mon avis, il n'est pas nécessaire de traiter de cette question

¹⁰ (1930), 65 O.L.R. 379.

The term "gone into liquidation" is not anywhere defined; the language is more or less colloquial, for there is not, at the present time, any legal proceeding known as liquidation. At one time there was, but it has long since been obsolete. The technical term used in the Companies Act is "wind-up," although the officer appointed to conduct the winding-up is designated a liquidator.

If one searches dictionaries, it is not hard to find a definition of liquidation wide enough to include bankruptcy. In the Century Dictionary this is given: "Liquidation: the act or operation of winding up the affairs of a firm or company by getting in the assets, settling with its debtors and creditors, and apportioning the amount of each partner's or shareholder's profit or loss, etc." In the Oxford Dictionary is the following: "Liquidate: Law and commerce: To ascertain and set out clearly the liabilities of (a company or firm) and to arrange the apportioning of the assets; to wind up." In Corpus Juris, that mine of information, is this definition: "Liquidation, a word of French origin, is not a technical term, and, therefore, can have no fixed legal meaning; but it has a fairly defined legal meaning, and it is said to be a term of jurisprudence, of finance, and of commerce. It is defined as the act of settling, adjusting debts, or ascertaining their amounts or balance due; settlement or adjustment of an unsettled account Applied to a partnership or company, the act or operation of winding up the affairs of a firm or company by getting in the assets, settling with its debtors and creditors, and appropriating the amount of profit or loss." . . .

In my opinion the majority in the Court of Appeal of Manitoba properly held that the amount deducted by the employer from employee's wages for Pension Plan and Unemployment Insurance contributions was to be deemed to have been held in trust for Her Majesty at the date of the receiving order and consequently was deemed to have been realized by the receiver out of the assets subject to the floating charge. The exact amount of such assets was not established, but one of the exhibits shows that more than \$100,000 were realized from inventory. It is therefore clear that the receiver had ample funds to cover those two small claims.

For those reasons I would allow the appeal only to the extent of deducting from the amount allowed by the judgment of the Court of Appeal

L'expression «*gone into liquidation*» n'est définie nulle part; il s'agit plus ou moins d'une expression courante, car il n'y a pas, aujourd'hui, de procédure juridique connue en anglais sous le nom de «*liquidation*». Cela a déjà été le cas, mais elle est depuis longtemps périmée. Le terme technique employé dans la *Loi sur les compagnies* est «*wind up*», bien que l'officier nommé pour procéder au «*winding-up*» soit appelé un liquidateur.

Si l'on fouille les dictionnaires, il n'est pas difficile de trouver une définition de «*liquidation*» suffisamment large pour inclure la faillite. Dans le Century dictionary, on trouve ceci: «*Liquidation*: l'acte ou l'opération de «*winding-up*» liquider les affaires d'une entreprise ou société, en réalisant l'actif, réglant les débiteurs et créanciers, et répartissant le montant du profit ou de la perte de chaque associé ou actionnaire, etc.» Dans l'Oxford Dictionary, on trouve ceci: «*Liquidate*: droit et commerce: déterminer et calculer clairement les dettes (d'une société ou entreprise) et répartir l'actif; (to) «*wind up*». Dans le Corpus Juris, cette mine de renseignements, se trouve la définition suivante: «*Liquidation*», un mot d'origine française, n'est pas un terme technique, et, en conséquence, il ne peut avoir de sens fixe en droit; mais il est assez bien défini en droit, et l'on dit qu'il s'agit d'un terme de doctrine, de finance et de commerce. Il est défini comme l'acte de régler, calculer des dettes, ou d'en déterminer le montant ou solde dû; règlement ou calcul d'un compte indéterminé . . . Dans le cas d'une association ou société, l'acte ou l'opération de «*winding-up*» liquider les affaires d'une entreprise ou société en réalisant l'actif, réglant les débiteurs et créanciers et répartissant le montant du profit ou de la perte.» . . .

A mon avis, c'est à bon droit que la majorité de la Cour d'appel du Manitoba a statué que le montant que l'employeur a prélevé sur les salaires des employés au titre des contributions au Régime de pensions et à l'assurance-chômage devait être réputé avoir été détenu en fiducie pour Sa Majesté à la date de l'ordonnance de séquestre et, en conséquence, devait être réputé avoir été réalisé par le séquestre à même l'actif grevé du privilège général. Le montant exact de cet actif n'a pas été établi, mais une des pièces démontre que la réalisation du stock a produit plus de \$100,000. Il est donc clair que le séquestre avait des fonds suffisants pour régler ces deux petites réclamations.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi à seule fin de déduire du montant accordé par la Cour d'appel la somme réclamée pour les

the sum claimed for income tax deductions made prior to the date of the receiving order, that is, \$2,550.78, with the appropriate adjustment for interest and penalties as directed by the Court of Appeal (*per* Monnin J.A. at p. 523). The appellant succeeds on a major point and, in the circumstances of the case where no costs have been allowed below, I think it is entitled to costs in this Court.

The reasons of Estey and Chouinard JJ. were delivered by

ESTEY J. (*dissenting in part*)—The issue arising in these proceedings is whether or not a receiver appointed by the court to enforce security granted by the defendant/debtor to the plaintiff/appellant is obligated to pay to the respondent, in priority to the claims of the appellant as a secured creditor, certain moneys with reference to deductions made (or which, in the view of the respondent, should have been made) from wages paid or payable by the defendant under three federal statutes.

For simplicity, the plaintiff/appellant will be referred to as Dauphin, the debtor/defendant and the employer in question as Xyloid, and Her Majesty The Queen in the Right of Canada as the respondent. On March 31, 1977, Dauphin obtained the appointment by the Court of Queen's Bench of the Province of Manitoba of a receiver and manager (the Clarkson Company Ltd.) of "all the undertaking, property and assets of" Xyloid. In due course, the receiver/manager (hereinafter referred to as the "receiver") realized the assets secured by a debenture, a floating charge and a chattel mortgage and distributed the net proceeds of such realizations, less the sum of \$7,416.57, which upon the discharge of the receiver by Deniset J. was directed to be held until the validity and priority of the claims of the respondent under certain federal statutes was determined by the court. We are not here concerned with the events leading up to the discharge of the receiver and indeed the record does not reveal whether the aforementioned sum of \$7,416.57 was the product of realization of the fixed charge in the debenture, the assets secured by the chattel mortgage, or the floating charge embodied in the debenture. Nothing appears to turn upon the origin of these funds.

déductions d'impôt faites avant l'ordonnance de séquestre, soit la somme de \$2,550.78, avec rajustement en conséquence de l'intérêt et des pénalités comme la Cour d'appel l'a ordonné (le juge Monnin à la p. 523). L'appelante réussit sur un point majeur et, dans les circonstances de l'espèce où aucuns dépens n'ont été adjugés dans les cours d'instance inférieure, je suis d'avis qu'elle a droit aux dépens en cette Cour.

Version française des motifs des juges Estey et Chouinard rendus par

LE JUGE ESTEY (*dissident en partie*)—Il s'agit en l'espèce de savoir si un séquestre nommé par la cour pour réaliser une garantie consentie par la défenderesse-débitrice à la demanderesse-appelante est tenu de payer à l'intimée, par préférence aux réclamations de l'appelante à titre de créancière garantie, des sommes relatives à des déductions faites en vertu de trois lois fédérales (ou qui, de l'avis de l'intimée, auraient dû l'être) sur le salaire payé ou payable par la défenderesse.

Pour plus de commodité, la demanderesse-appelante sera appelée Dauphin, la défenderesse-débitrice et employeur en cause, Xyloid, et Sa Majesté la Reine du chef du Canada, l'intimée. Le 31 mars 1977, Dauphin a obtenu de la Cour du banc de la Reine de la province du Manitoba la nomination d'un séquestre-gérant (Clarkson Company Ltd.) pour [TRADUCTION] «la totalité de l'entreprise, des biens et de l'actif de» Xyloid. En temps utile, le séquestre-gérant (ci-après appelé le «séquestre») a réalisé l'actif garanti par une obligation, un privilège général et une hypothèque mobilière et en a distribué le produit net, moins la somme de \$7,416.57, dont, à la libération du séquestre par le juge Deniset, on a ordonné la retenue jusqu'à ce que la validité et le rang des réclamations de l'intimée en vertu de certaines lois fédérales soient établis par la Cour. Nous ne nous intéressons pas en l'espèce aux circonstances qui ont conduit à la libération du séquestre et, d'ailleurs, le dossier ne révèle pas si la somme susmentionnée de \$7,416.57 est le produit de la réalisation du privilège fixe prévu par l'obligation, des éléments d'actif grevés par l'hypothèque mobilière ou du privilège général constaté par l'obligation. L'origine de ces sommes n'a apparemment pas d'incidence.

It is important, however, to appreciate that prior to the appointment of the receiver (which I shall refer to for convenience as the pre-appointment period), Xyloid paid certain wages to its employees and effected the deductions prescribed by the *Income Tax Act* of Canada, the *Canada Pension Plan Act* and the *Unemployment Insurance Act*. With reference to these payments, the learned trial judge found that Xyloid made the statutory deductions. He stated:

I accept as factual that the required statutory amounts were deducted by the defendant before or when the wage payments were made by it *before* the date of the receivership.

However, Xyloid did not remit the funds so withheld to the respondent nor did it keep such deductions or withholdings separate and apart from its "own moneys or from the assets of . . ." Xyloid. After the appointment of the receiver (and this period I shall for convenience refer to as the post-appointment period), the receiver paid to the employees of Xyloid wages accruing in the pre-appointment period, allegedly pursuant to *The Payment of Wages Act* of Manitoba. When doing so, the receiver made no remittance to the respondent (and by this, I mean to include all agencies and departments of the respondent) in respect of the three federal statutes.

It is sufficient to observe in passing that in the post-appointment period the receiver carried on some operations of Xyloid and engaged in that connection some former employees of Xyloid to whom wages were paid by the receiver and remittances were forwarded to the respondent pursuant to the three above-mentioned federal statutes. No issue arises with respect to this phase of the receiver's activities.

The only issue therefore arising is what priority, if any, did the respondent enjoy by virtue of these federal statutes over the claims of Dauphin as the secured creditor of Xyloid with reference to the moneys held by the receiver in the amount of \$7,416.57.

1. Payments made by the receiver in the post-appointment period

It is convenient to commence with the position taken by the appellant with reference to the pay-

Il importe, cependant, de se rendre compte qu'avant la nomination du séquestre (période que j'appellerai pour plus de commodité la période de pré-nomination), Xyloid a versé du salaire à ses employés et effectué les déductions prescrites par la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada, le *Régime de pensions du Canada* et la *Loi sur l'assurance-chômage*. A l'égard de ces versements, le savant juge de première instance a conclu que Xyloid avait effectué les déductions obligatoires. Il a dit:

[TRADUCTION] . . . j'accepte comme établi que la défenderesse a déduit les sommes exigées par la loi avant de verser les salaires ou au moment où elle les a versés et cela, *avant* la date de la mise sous séquestre.

Xyloid n'a cependant pas remis à l'intimée les fonds ainsi retenus et n'a pas tenu ces déductions ou retenues séparées de ses propres fonds ou de son actif. Après la nomination du séquestre (période que j'appellerai pour plus de commodité la période de post-nomination), le séquestre a versé aux employés de Xyloid du salaire gagné durant la période de pré-nomination, apparemment en conformité de *The Payment of Wages Act* du Manitoba. Ce faisant, le séquestre n'a rien remis à l'intimée (par cela, je veux dire tous les organismes et ministères de l'intimée) au titre des trois lois fédérales.

Il suffit de faire remarquer en passant que pendant la période de post-nomination le séquestre a poursuivi certaines activités de Xyloid et, pour ce faire, a embauché d'anciens employés de Xyloid auxquels il a versé du salaire à l'égard duquel des sommes ont été versées à l'intimée conformément aux trois lois fédérales susmentionnées. Cette phase des activités du séquestre ne fait l'objet d'aucun litige.

La seule question est donc celle de savoir si, en vertu de ces lois fédérales, l'intimée doit être préférée aux créances de Dauphin à titre de créancière garantie de Xyloid, à l'égard de la somme de \$7,416.57 détenue par le séquestre.

1. Paiements effectués par le séquestre pendant la période de post-nomination

Il est préférable d'aborder en premier lieu la position adoptée par l'appelante à l'égard de ce que

ment by the receiver in the post-appointment period to the former employees of Xyloid of certain moneys accruing to them as wages in the pre-appointment period. The appellant states that these payments were made by the receiver pursuant to *The Payment of Wages Act* of Manitoba, the relevant terms of which are as follows:

7(1) Notwithstanding any other Act, the amount of wages due and payable by an employer to an employee not exceeding \$2,000.00 constitutes a lien and charge on the property and assets of the employer in favour of the employee, and is payable in priority to any other claim or right, including those of the Crown In Right of Manitoba, and without limiting the generality of the foregoing that priority extends over every assignment, including an assignment of book debts, whether absolute or otherwise, every mortgage on real or personal property, debenture and security, whether registered or not, made, given, accepted or issued before or after the coming into force of this Act.

3(4) Every employer shall be deemed to hold the wages accruing due to an employee in trust for the employee whether or not the amount thereof has been kept separate and apart by the employer and the employee has a lien and charge in the amount of wages on the assets of the employer that in the ordinary course of business would be entered in the accounts of the business of the employer whether so entered or not.

1(h) "wage" or "wages" includes salaries, commissions, or any compensation for labour or services measured by time, piece, or otherwise, and any pay which is due and payable to an employee including moneys payable under *The Vacations With Pay Act* or moneys payable in cases of termination of employment under *The Employment Standards Act*; but does not include any deductions from wages that may be lawfully made by an employer.

24 Where there is a conflict between the provisions of this Act and those of any other Act of the Legislature, the provisions of this Act prevail.

The appellant submits that the Manitoba statute constitutes a statutory lien against the assets of Xyloid in favour of the latter's employees, and is payable in priority to "any other claim or right . . . whether registered or not, made, given . . . or issued before or after the coming into force of this Act". Furthermore, the statute provides that the employer shall "be deemed to hold the wages

le séquestre a versé pendant la période de post-nomination aux anciens employés de Xyloid à titre de salaire gagné pendant la période de pré-nomination. L'appelante affirme que le séquestre a effectué ces versements conformément à *The Payment of Wages Act* du Manitoba, dont voici les dispositions pertinentes:

[TRADUCTION] 7(1) Nonobstant toute autre loi, le montant du salaire n'excédant pas \$2,000, dû et payable par un employeur à un employé, constitue une créance privilégiée sur les biens et l'actif de l'employeur, payable à l'employé par préférence à toute autre dette ou créance, y compris celles de Sa Majesté du chef du Manitoba et, sans limiter la portée de ce qui précède, ce privilège prévaut contre toute cession, y compris une cession de créance, absolue ou non, toute hypothèque sur biens réels ou personnels, obligation et garantie enregistrée ou non, faite, donnée, acceptée ou émise avant ou après l'entrée en vigueur de la présente loi.

3(4) Tout employeur est réputé détenir en fiducie pour l'employé le salaire qui lui est dû, qu'il ait gardé ou non ce montant à part, et l'employé détient une créance privilégiée sur l'actif de l'employeur pour le montant du salaire qui, dans le cours ordinaire des affaires, figureait dans les livres de l'entreprise de l'employeur, qu'il y figure ou non.

1h) «salaire» ou «salaires» comprend un traitement, une commission ou autre indemnité pour un travail ou des services mesurés au temps, à la pièce ou autrement, et toute rémunération due et payable à un employé y compris les sommes payables en vertu de *The Vacations With Pay Act* ou les sommes payables en cas de cessation d'emploi en vertu de *The Employment Standards Act*; mais ne comprend pas les déductions du salaire qu'un employeur peut légalement faire.

24 En cas de conflit entre les dispositions de la présente loi et celles de toute autre loi de la Législature, les dispositions de la présente loi ont priorité.

L'appelante fait valoir que la loi du Manitoba crée un privilège sur l'actif de Xyloid en faveur des employés de celle-ci, et qu'on doit le régler par préférence [TRADUCTION] «à toute autre dette ou créance . . . enregistrée ou non, faite, donnée . . . ou émise avant ou après l'entrée en vigueur de la présente loi». De plus, la Loi dispose que l'employeur (Xyloid) [TRADUCTION] «est réputé déte-

accruing . . ." in trust for the employee "whether or not the amount thereof has been kept separate and apart by" Xyloid. By reason of the definition of "wage" in s. 1(h), the receiver, in the submission of the appellant, properly paid off this lien in the statutory amount, being the wages accruing but not including any deductions therefrom "that may be lawfully made by an employer". In the result, according to this line of argument, the receiver applied the net realizations from the assets secured by the aforementioned debenture, chattel mortgage and floating charge to the extent necessary to pay off the statutory lien arising under the Manitoba statute.

In determining the consequences in law of the payment by the receiver in response to the Manitoba Act in the post-appointment period, one must determine whether the payments were in fact and in law the payment of wages, or whether the effect of the Act is that the payment in question was a payment of debt. I have concluded that the Manitoba statute has created a charge secured by a statutory lien against the assets of Xyloid, in an amount equal to the wages owing as defined in the Act, which means those wages owing less an amount equal to lawful deductions that may be made by an employer. The portion of the pool of assets of the employer's estate so charged (and which here is included in the security being enforced by the court through a receivership) is limited to a defined portion of the accrued wages which remained unpaid at the time of the appointment of the receiver and the receipt by him of the assets of the employer.

In the interpretation and the application of the Manitoba statute to these circumstances, it is important to note that the lien and charge on the assets of Xyloid in favour of the employees arose when the wages became "due and payable" and hence the charge in respect of such accrued wages came into being on their accrual. This was prior to the appointment of the receiver and prior to any deductions made by Xyloid under the federal statutes.

But even if this be so, the application of the federal statutes still must be determined by an interpretation thereof to ascertain their intended

nir le salaire gagné . . .» en fiducie pour l'employé, qu'il «ait gardé ou non ce montant à part». Vu la définition de salaire à l'al. 1h), c'est à bon droit que le séquestre, selon l'appelante, a réglé cette créance privilégiée au montant fixé par la Loi, savoir le salaire gagné, sans y inclure les déductions «qu'un employeur peut légalement faire». En définitive, si l'on adopte ce raisonnement, le séquestre a utilisé le produit net de la réalisation de l'actif donné en garantie de l'obligation, de l'hypothèque mobilière et du privilège général susmentionnés dans la mesure nécessaire pour régler la créance privilégiée créée par la loi du Manitoba.

Pour déterminer les conséquences juridiques du paiement qu'a effectué le séquestre en application de la loi du Manitoba pendant la période de post-nomination, il faut déterminer s'il représentait, en fait et en droit, un salaire, ou s'il résulte de la Loi qu'il s'agissait du règlement d'une dette. J'ai conclu que la loi du Manitoba a créé une créance garantie par un privilège sur l'actif de Xyloid, d'un montant égal aux salaires dus suivant la définition de la Loi, savoir les salaires dus, moins une somme égale aux déductions qu'un employeur peut légalement faire. L'étendue de l'actif de l'employeur qui est ainsi grevé (et qui est en l'espèce inclus dans la garantie à laquelle la cour a donné effet par la mise sous séquestre) se limite à une partie précise du salaire impayé au moment où le séquestre a été nommé et où il a reçu l'actif de l'employeur.

Dans l'interprétation et l'application de la loi du Manitoba en l'espèce, il importe de noter que le privilège sur l'actif de Xyloid au profit des employés est né lorsque le salaire est devenu «dû et payable» et, par conséquent, que le privilège y afférent est né une fois ce salaire gagné, c'est-à-dire avant la nomination du séquestre et avant que Xyloid ne fasse de déductions en vertu des lois fédérales.

Mais, même si c'est le cas, il faut malgré tout interpréter les lois fédérales afin d'établir leur portée envisagée et de décider de leur application.

reach. The three federal statutes provide as follows:

The Income Tax Act (hereafter referred to as ITA) s. 227 Withholding Taxes

(4) Every person who deducts or withholds any amount under this Act shall be deemed to hold the amount so deducted or withheld in trust for Her Majesty.

(5) All amounts deducted or withheld by a person under this Act shall be kept separate and apart from his own moneys and in the event of any liquidation, assignment or bankruptcy [of an employer] the said amounts shall remain apart and form no part of the estate in liquidation, assignment or bankruptcy.

The Canada Pension Plan Act (hereafter referred to as CPPA)

s. 24(3) Where an employer has deducted an amount from the remuneration of an employee as or on account of any contribution required to be made by the employee but has not remitted such amount to the Receiver General, the employer shall keep such amount separate and apart from his own moneys and shall be deemed to hold the amount so deducted in trust for Her Majesty.

s. 24(4) In the event of any liquidation, assignment or bankruptcy of an employer, an amount equal to the amount that by sub-section (3) is deemed to be held in trust for Her Majesty shall be deemed to be separate from and form no part of the estate in liquidation, assignment or bankruptcy, whether or not that amount has in fact been kept separate and apart from the employer's own moneys or from the assets of the estate.

The Unemployment Insurance Act (hereafter referred to as UIA)

s. 71(2) Where an employer has deducted an amount from the remuneration of an insured person as or on account of any employee's premium required to be made by the insured person but has not remitted such amount to the Receiver General, the employer shall keep such amount separate and apart from his own monies and shall be deemed to hold the amount so deducted in trust for Her Majesty.

s. 71(3) In the event of any liquidation, assignment or bankruptcy of an employer, an amount equal to the amount that by sub-section (2) is deemed to be held in trust for Her Majesty shall be deemed to be separate from and form no part of the estate in liquidation, assignment or bankruptcy, whether or not that amount has in fact been kept separate and apart from the employer's own monies or from the assets of the estate. (Emphasis added.)

Les trois lois fédérales prévoient ce qui suit:

La Loi de l'impôt sur le revenu (ci-après la LIR) art. 227 Retenue des impôts

(4) Toute personne qui déduit ou retient un montant quelconque en vertu de la présente loi est réputée retenir le montant ainsi déduit ou retenu en fiducie pour Sa Majesté.

(5) Tous les montants déduits ou retenus par une personne en conformité de la présente loi doivent être tenus séparés de ses propres fonds et, dans le cas d'une liquidation, cession ou faillite [d'un employeur], ces montants doivent demeurer à part et ne former aucune partie des biens en liquidation, cession ou faillite.

Le Régime de pensions du Canada (ci-après le RPC)

24(3) L'employeur qui a déduit de la rémunération d'un employé un montant au titre de la cotisation que ce dernier est tenu de verser, ou à valoir sur celle-ci, mais ne l'a pas remis au receveur général, doit garder ce montant à part, en un compte distinct du sien et il est réputé détenir le montant ainsi déduit en fiducie pour Sa Majesté.

24(4) En cas de liquidation, de cession ou de faillite d'un employeur, un montant égal à celui qui, selon le paragraphe (3), est réputé détenu en fiducie pour Sa Majesté doit être considéré comme étant séparé et ne formant pas partie des biens en liquidation, cession ou faillite, que ce montant ait été ou non, en fait, conservé distinct et séparé des propres fonds de l'employeur ou de la masse des biens.

La Loi sur l'assurance-chômage (ci-après la LAC)

71(2) Lorsqu'un employeur a retenu une somme sur la rémunération d'un assuré au titre des cotisations ouvrières que l'assuré doit payer, mais n'a pas versé cette somme au receveur général, il doit séparer cette somme de ses propres fonds et il est censé la détenir en fiducie pour Sa Majesté.

71(3) En cas de liquidation, de cession ou de faillite d'un employeur, la somme qui est censée, aux termes du paragraphe (2), être détenue en fiducie pour Sa Majesté est censée ne pas être comprise dans la masse de la liquidation, cession ou faillite, que cette somme ait été séparée ou non des propres fonds de l'employeur ou de l'actif de la masse. (C'est moi qui souligne.)

The ITA, for example, requires that "every person paying salary or wages or other remuneration to an employee shall deduct . . .". Assuming for the moment that the definition of 'person' includes a receiver*, is that person liable to make deductions from payments which in law at the moment of payment were not wages but amounts paid to satisfy a statutory lien? I do not think the statute can be so read, for the reasons stated above.

As regards the other federal statutes, apart altogether from the other reasons I have discussed, I reach the same conclusion as regards the taxation statute for the additional reason that both the UIA and the CPPA by their express terminology contemplate a payment by an employer, and the receiver here is neither employer nor the agent of the employer.

In my view, then, the result is that the lien against the assets of Xyloid as subsequently received by the receiver on its appointment was in existence at the time of that appointment, and attached to and continued to exist as a lien and charge on those assets into the post-appointment period. The receiver, in making the payments it did to the former employees of Xyloid, was not distributing wages to those employees but was rather simply paying off the statutory lien and charge. In doing so, it clearly did not act as the

* It has been found in other courts (*vide* Aylesworth J.A. in *Royal Trust v. Montex*, [1972] 3 O.R. 132) that 'person' as defined in s. 2(1)(c) of the *Excise Tax Act* does not include a receiver. The definition in the present *Income Tax Act*, which is about the same as that in the *Excise Tax Act*, reads as follows:

"person", or any word or expression descriptive of a person, includes any body corporate and politic, and the heirs, executors, administrators or other legal representatives of such person, according to the law of that part of Canada to which the context extends.

No explanation is found in the judgment for this conclusion, but the trial judge in these proceedings applied the case and reached the same conclusion. I do not find it necessary to determine whether 'person' includes a receiver, but if such a conclusion were necessary, I would be inclined to believe that applying the definition in s. 248 to the operative words of s. 153(1), the term 'person' does include a receiver in the circumstances here present.

La LIR exige, par exemple, que «toute personne qui verse un traitement ou salaire ou autre rémunération à un employé doit en déduire . . .». Si l'on présume pour le moment que la définition de «personne» comprend un séquestre*, cette personne est-elle tenue de faire des déductions sur des montants qui, en droit, au moment du paiement, ne constituaient pas du salaire mais des montants versés en règlement d'une créance privilégiée créée par la loi? Pour les motifs que j'ai exposés, je ne crois pas que l'on puisse interpréter la loi en ce sens.

Quant aux autres lois fédérales, abstraction faite des autres motifs que j'ai déjà énoncés, je viens à la même conclusion que dans le cas de la loi fiscale pour le motif supplémentaire que les termes tant de la LAC que du RPC envisagent expressément un versement par un employeur, et le séquestre en l'espèce n'est ni employeur ni mandataire de l'employeur.

A mon avis, il en découle donc que le privilège sur l'actif de Xyloid dont le séquestre a pris possession à sa nomination, existait au moment de cette nomination et qu'il a continué à grever cet actif pendant la période de post-nomination. Lorsque le séquestre a fait ces versements aux anciens employés de Xyloid, il ne leur distribuait pas un salaire, mais réglait simplement la créance privilégiée créée par la loi. Ce faisant, il est clair qu'il n'agissait pas comme mandataire de Xyloid mais simplement comme officier de la cour dans l'exé-

*D'autres tribunaux ont décidé (voir le juge d'appel Aylesworth dans *Royal Trust v. Montex*, [1972] 3 O.R. 132) que «personne» définie à l'al. 2(1)c) de la *Loi sur la taxe d'accise*, ne comprend pas un séquestre. La définition dans l'actuelle *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui est semblable à celle de la *Loi sur la taxe d'accise*, se lit comme suit:

«personne» ou tout mot ou expression désignant une personne, comprend tout corps constitué et politique, les héritiers, exécuteurs testamentaires, administrateurs ou autres représentants légaux de cette personne, selon la loi de la partie du Canada visée par le contexte;

On ne trouve aucune explication de cette conclusion dans l'arrêt, mais le juge de première instance en l'espèce a appliqué cet arrêt et en est venu à la même conclusion. Je n'estime pas qu'il soit nécessaire de décider si le mot «personne» comprend un séquestre, mais si pareille conclusion était nécessaire, je serais porté à croire qu'en appliquant la définition de l'art. 248 aux termes du par. 153(1), le mot «personne» comprendrait effectivement le séquestre dans les circonstances de l'espèce.

agent of Xyloid but simply as an officer of the court in the discharge of its responsibilities under the order of appointment. See *Falconbridge on Mortgages*, 4th ed. (1977), pp. 759-60, quoted with approval by the Manitoba Court of Appeal in *International Woodworkers of America, Local 1-324 v. Wescana Inn Ltd. and Clarkson Company Limited*¹¹, at p. 204. See also R.W.S. Johnston, "Receivers", L.S.U.C. Special Lectures (1961) 101, at p. 105. This comment in the *Wescana* judgment, *supra*, at p. 204, seems at odds on this point with the judgment of the Court of Appeal in this case: see (1979), 29 CBR 276 at p. 283.

Therefore, I conclude that Dauphin succeeds and is entitled as against the respondent to retain the sum of \$3,474.83 claimed by the respondent with reference to the post-appointment period.

2. The pre-appointment period

I turn now to the pre-appointment period in respect of which additional conditions arise. From the record in these proceedings it is clear that Xyloid, contrary to the direction contained in each of the CPPA, the UIA and the ITA failed to keep "separate and apart from his own moneys . . ." any amount so deducted or withheld upon the payment of wages to its then employees. Each of the three sections, after giving such a direction, provides in different ways that the moneys deducted or withheld are "in trust for Her Majesty". The terms of the CPPA and the UIA are identical and provide that these moneys shall be deemed to be held in trust; and furthermore "in the event of any liquidation, assignment or bankruptcy of an employer . . . shall be deemed to be separate from and form no part of the estate in liquidation, assignment or bankruptcy, whether or not that amount has in fact been kept separate and apart from the employers own moneys or from the assets of the estate". Whether this provision, which is found in s. 24(4) of the CPPA and s. 71(3) of the UIA, is applicable turns upon the interpretation of the expression "liquidation, assignment or bankruptcy of an employer". Clearly, there has been no assignment or bankruptcy of Xyloid and the question

of the obligations imposedées par l'ordonnance de nomination. Voir *Falconbridge on Mortgages*, 4^e éd. (1977), aux pp. 759 et 760, que la Cour d'appel du Manitoba a cité avec approbation dans l'arrêt *International Woodworkers of America, Local 1-324 v. Wescana Inn Ltd. and Clarkson Company Limited*¹¹, à la p. 204. Voir aussi R.W.S. Johnston, «Receivers», L.S.U.C. Special Lectures (1961) 101, à la p. 105. Le commentaire dans l'arrêt *Wescana* précité, à la p. 204, paraît contredire sur ce point l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce: voir (1979), 29 CBR 276 à la p. 283.

En conséquence, je conclus que Dauphin a gain de cause et a droit de conserver la somme de \$3,474.83 que l'intimée réclame à l'égard de la période de post-nomination.

2. La période de pré-nomination

Je passe maintenant à la période de pré-nomination à l'égard de laquelle des éléments supplémentaires entrent en ligne de compte. Il ressort clairement du dossier que, contrairement aux obligations imposées respectivement par le RPC, la LAC et la LIR, Xyloid a omis de conserver "distinct et séparé de ses propres fonds . . ." tout montant déduit ou retenu du salaire de ses employés d'alors. Après avoir créé cette obligation, chacune des trois dispositions établit de différentes façons que les sommes déduites ou retenues le sont "en fiducie pour Sa Majesté". Les termes employés par le RPC et la LAC sont presque identiques et établissent que ces montants sont réputés détenus en fiducie; et de plus qu'"en cas de liquidation, de cession ou de faillite d'un employeur, . . . (ce montant) doit être considéré comme étant séparé et ne formant pas partie des biens en liquidation, cession ou faillite, que ce montant ait été ou non, en fait, conservé distinct et séparé des propres fonds de l'employeur et de la masse des biens". L'application de cette disposition, que l'on trouve au par. 24(4) du RPC et en des termes presque identiques au par. 71(3) de la LAC, dépend de l'interprétation de l'expression "liquidation, cession ou faillite d'un employeur". Il

¹¹ (1977), 27 C.B.R. (N.S.) 201.

¹¹ (1977), 27 C.B.R. (N.S.) 201.

therefore is, has there been a liquidation of Xyloid. The term has been variously defined in legal and other dictionaries and the following are illustrative.

Stroud's Judicial Dictionary, 4th ed., vol. 3, at p. 1555:

Liquidation. Voluntary liquidation of a company, though merely for the purpose of reconstruction, is none the less a "liquidation" within a clause of forfeiture in a lease to the company (*Horsey v. Steiger* [1898] 2 Q.B. 259). But a voluntary liquidation is equivalent to "bankruptcy", as that latter word was used in Conveyancing and Law of Property Act 1881 (c. 41), s. 14(6,i), and Conveyancing and Law of Property Act 1892 (c. 13), s. 2(2); ...

Shorter Oxford English Dictionary, 1959, p. 1150:

Liquidation . . .

1. Law. The action or process of ascertaining and apportioning the amounts of a debt, etc.
2. The clearing off or settling (of a debt) 1786.
3. The action or process of winding up a company; the state or condition of being wound up; esp. in phr. to go into l. 1869.

Black's Law Dictionary

Liquidation. The act or process of settling or making clear, fixed, and determinate that which before was uncertain or unascertained. Payment, satisfaction, or collection; realization on assets and discharge of liabilities. To clear away (to lessen) a debt. *Craddock-Terry Co. v. Powell*, 180 Va. 242, 22 S.E.2d 30, 34. To pay or settle. In re *Klink's Estate*, 310 Ill.App. 609, 35 N.E.2d 684, 687. To take over for collection. *Belden v. Modern Finance Co.*, Ohio App., 61 N.E.2d 801, 804, 44 O.L.A. 163. Winding up or settling with creditors and debtors. *Wilson v. Superior Court in and for Santa Clara County*, 2 Cal.2d 632, 43 P.2d 286, 288. Winding up of corporation so that assets are distributed to those entitled to receive them. Process of reducing assets to cash, discharging liabilities and dividing surplus or loss.

The term as employed in our law generally, whether or not it be qualified by the presence of the words 'assignment' or 'bankruptcy', relates either to the realization of assets to pay debts or to the total disposition of the undertaking of an entity

est clair qu'il n'y a pas eu de cession ni de faillite de Xyloid et la question est donc de savoir s'il y a eu une liquidation. Le terme a été défini de différentes façons par les dictionnaires juridiques et les autres, ce qu'illustrent les définitions suivantes:

Stroud's Judicial Dictionary, 4^e éd., vol. 3, à la p. 1555:

[TRADUCTION] Liquidation. La liquidation volontaire d'une compagnie, bien que dans le seul but de réorganisation, n'en constitue pas moins une "liquidation" au sens d'une clause de résiliation dans un bail consenti à la compagnie (*Horsey v. Steiger* [1898] 2 Q.B. 259). Mais une liquidation volontaire équivaut à une "faillite", au sens où ce terme a été employé dans la *Conveyancing and Law of Property Act 1881* (chap. 41), art. 14(6,i), et la *Conveyancing and Law of Property Act 1892* (chap. 13), par. 2(2); ...

Shorter Oxford English Dictionary, 1959, p. 1150:

[TRADUCTION] Liquidation . . .

1. Droit. L'action ou le processus qui consiste à calculer et à répartir le montant d'une dette, etc.
2. La compensation ou le règlement (d'une dette) 1786.
3. L'action ou le processus qui consiste à dissoudre (winding-up) une compagnie; l'état ou le résultat de la dissolution; not. dans l'express. se mettre en liquidation 1869.

Black's Law Dictionary

[TRADUCTION] Liquidation. L'acte ou le processus qui consiste à régler ou compenser, à fixer et à déterminer ce qui était auparavant incertain ou indéterminé. Paiement, règlement ou perception; réalisation de l'actif et acquittement des dettes. Supprimer (diminuer) une dette. *Craddock-Terry Co. v. Powell*, 180 Va. 242, 22 S.E. 2d 30, 34. Payer ou régler. In re *Klink's Estate*, 310 Ill. App. 609, 35 N.E. 2d 684, 687. Prendre en charge pour perception. *Belden v. Modern Finance Co.*, Ohio App., 61 N.E. 2d 801, 804, 44 O.L.A. 163. Dissolution ou règlement avec les créanciers et débiteurs. *Wilson v. Superior Court in and for Santa Clara County*, 2 Cal. 2d 632, 43 P. 2d 286, 288. Dissolution d'une société de sorte que l'actif est distribué à ceux qui y ont droit. Processus qui consiste à transformer l'actif en argent comptant, à acquitter les dettes et à diviser le surplus ou la perte.

Le terme est généralement employé dans notre droit, qu'il soit ou non accompagné des termes "cession" ou "faillite", à l'égard soit de la réalisation de l'actif pour régler des dettes soit de la vente totale d'une entité incluant non seulement la réali-

including not only the realization of assets to pay debts but for the distribution of any net surplus to the owners of the entity prior to its termination. Where the term is used as in the pension and unemployment statutes with reference to the liquidation "of an employer", it is clear, in my view, that the term carries its broad and general meaning, that is the process of disposing of an undertaking and terminating the existence of the entity. As that has not happened here, the provisions of subs. (4) of the CPPA and (3) of the UIA are not applicable. Osler J., sitting at trial in *Royal Trust Co. v. Montex Apparel Industries Ltd.*¹², reaches the same conclusion by still another avenue when he states:

On the facts of the present case, it appears that the receiver has in reality been engaged in liquidating the defendant's enterprise. However, as was pointed out by counsel for the trustee, liquidation is not the inevitable result of a receivership and indeed, there have been many successful receiverships which have resulted in the enterprise being handed back to its owner as a going concern. It cannot be known with any degree of certainty at the moment of the appointment of a receiver whether in fact liquidation is inevitable and the effect of the various statutes must be assessed as at that moment. The task of the receiver might well be made an impossible one if the application of these statutes were made to await the outcome of his endeavours rather than being ascertainable upon his appointment.

It may be argued that the term 'liquidation' would apply to the lesser project, that is to say realization of assets for the purpose of paying a debt, where the debt in question was secured by an all-embracing charge reaching, as is apparently the case here, 100 per cent of the assets. The argument would be that since the process of realization reduces the undertaking to zero, the entity has, in one sense at least, been put in liquidation. As a legal proposition, however, it is not sound because even in that circumstance, the charter still remains in existence, and upon the discharge of the receiver, the entity remains under the control of its owners and although its assets may be nil and although some of its liabilities may still survive in law, it cannot be said that the entity has either been liquidated or placed in liquidation.

¹² [1972] 2 O.R. 673.

sation de l'actif pour régler les dettes, mais la distribution du surplus net aux propriétaires de l'entité avant qu'elle disparaisse. Lorsque le terme est utilisé dans les lois sur les pensions et l'assurance-chômage à l'égard de la liquidation "d'un employeur", il est clair, à mon avis, qu'il l'est dans son sens large et général, c'est-à-dire le processus qui consiste à vendre une entreprise et à mettre fin à l'existence de l'entité. Comme cela ne s'est pas produit ici, les dispositions des par. (4) du RPC et (3) de la LAC ne sont pas applicables. Le juge Osler, siégeant en première instance dans *Royal Trust Co. v. Montex Apparel Industries Ltd.*¹², en vient à la même conclusion par une autre voie lorsqu'il dit:

[TRADUCTION] Suivant les faits en l'espèce, le séquestre a réellement procédé à la liquidation de l'entreprise de la défenderesse. Cependant, comme l'a fait remarquer l'avocat du fiduciaire, une mise sous séquestre n'a pas pour résultat inévitable la liquidation et, d'ailleurs, de nombreuses mises sous séquestre ont eu pour résultat heureux la remise de l'entreprise en état de fonctionnement à ses propriétaires. Il est impossible de savoir avec certitude au moment de la nomination du séquestre si la liquidation est en fait inévitable et c'est à ce moment-là qu'il faut évaluer la portée des diverses lois. Retarder l'application de ces lois jusqu'à la fin de la tâche du séquestre plutôt que de la déterminer au moment de sa nomination pourrait bien rendre cette tâche impossible.

On peut soutenir que le terme «liquidation» s'applique au projet moindre de la réalisation de l'actif pour régler une dette, lorsque la dette en question est garantie par un privilège général grevant, comme c'est apparemment le cas en l'espèce, cent pour cent de l'actif. Le fondement de l'argument serait que, puisque la réalisation réduit l'entreprise à zéro, l'entité, dans un sens au moins, a été mise en liquidation. En droit, cependant, ce n'est pas une proposition valable car, même dans ce cas, la charte demeure, et sur libération du séquestre, l'entité demeure sous le contrôle de ses propriétaires et, bien que son actif puisse être nul et qu'une partie de son passif puisse encore exister en droit, on ne peut dire que l'entité a été liquidée ou mise en liquidation.

¹² [1972] 2 O.R. 673.

The appropriate definition of the word as employed in the relevant sections is that relating to the liquidation of an entity inasmuch as the term is used in the CPPA and UIA with reference to "the liquidation . . . of an employer". In s. 227(5) of the *Income Tax Act* the term is used in company with "assignment" or "bankruptcy" but without express reference to an entity, such as an employer. The subsection goes on to refer, however, to "the estate in liquidation" which plainly refers to the 'liquidation' of the entity and not simply to the liquidation of a part of its assets in the process of payment of a particular secured debt. Furthermore, the three words 'liquidation, assignment or bankruptcy' together all pertain to an entity which has either gone into liquidation, made an assignment, or been placed in bankruptcy. This is particularly the case where, as here, the subsection requires that the amounts so withheld be kept separate and apart from the moneys of a person effecting the withholding, and hence the 'liquidation, assignment or bankruptcy' relates to that person as an entity and not only to the assets of that entity. Hence the meaning to be properly applied to the word 'liquidation' in each of these three statutes is liquidation of the employer entity. In legal matters, such a term connotes the winding up of the entity by realizing upon its assets, paying off its liabilities, and distributing the surplus, if any, rateably amongst shareholders according to their precedence. There is here, of course, no such proceeding with reference to Xyloid and hence the provisions of subs. (4) of s. 24 of the CPPA, subs. (3) of s. 71 of the UIA and s. 227(4) and (5) of the *Income Tax Act* have no application.

In each of those two subsections there is the further term to the trust-establishing provision that deductions shall be deemed to be separate and apart from the estate in liquidation whether or not in fact the deduction has been kept separate from the employer's own money. This term might well reach the circumstance here where Xyloid made no such segregation of funds, but these provisions are not here applicable.

La définition correcte du terme employé dans les dispositions pertinentes est celle qui a trait à la liquidation d'une entité puisque dans le RPC et la LAC, le terme est employé à l'égard de «la liquidation . . . d'un employeur». Au paragraphe 227(5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* le terme est employé avec les mots «cession» ou «faillite» mais ne fait pas expressément référence à une entité, comme un employeur. Le paragraphe fait cependant mention des «biens en liquidation», ce qui renvoie clairement à la «liquidation» de l'entité et non simplement à la liquidation d'une partie de son actif dans le cadre du règlement d'une dette donnée garantie. De plus, les trois termes «liquidation, cession ou faillite» pris ensemble renvoient tous à une entité qui a été mise en liquidation, a fait une cession ou a été mise en faillite. C'est notamment le cas lorsque, comme en l'espèce, le paragraphe exige que les montants ainsi retenus soient conservés séparés et distincts des fonds de la personne qui fait la retenue, et par conséquent la «liquidation, cession ou faillite» se rapporte à cette personne comme entité et pas seulement à l'actif de cette entité. Le sens qu'il faut donc donner au terme «liquidation» dans chacune de ces trois lois est celui de liquidation de l'entité de l'employeur. En matière juridique, ce terme signifie la dissolution de l'entité par la réalisation de son actif, le règlement de son passif et la distribution du surplus, s'il y en a un, aux actionnaires, proportionnellement et selon leur rang. Il est évident qu'aucune procédure de cette nature n'a été entreprise en l'espèce à l'égard de Xyloid et les dispositions des par. 24(4) du RPC, 71(3) de la LAC et 227(4) et (5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne s'appliquent donc pas.

Ces deux paragraphes ajoutent chacun une condition supplémentaire à la disposition établissant la fiducie, savoir, que les déductions doivent être considérées comme séparées et distinctes des biens en liquidation, qu'elles aient été ou non, en fait, tenues séparées des propres fonds de l'employeur. Cette condition pourrait bien viser les circonstances présentes puisque Xyloid n'a pas tenu ces fonds séparés, mais ces dispositions ne s'appliquent pas en l'espèce.

The *Income Tax Act* provision (s. 227(5)) does not include the extended provision with reference to a deeming of separation in the event of liquidation and hence the respondent, even if the event of liquidation had occurred, would have no assistance from the statute in determining a segregation of accounts.

This may be of considerable significance in the law of trusts in that trust property must ordinarily be identifiable, and the specific *res* of a trust set aside before it can be said that the trust has come into being. (*Vide Waters, The Law of Trusts in Canada, 1974*, p. 64 *et seq.*, *Mussoorie Bank v. Raynor*¹³, *Perry v. Perry*¹⁴.) We of course are not here concerned with the general law of trusts but rather with the operation of the cited statutes.

The payments by Xyloid, therefore, in the pre-appointment period post-date the accrual of the wage entitlement. Xyloid failed to maintain the deductions separate and apart from its own moneys and assets, and Xyloid was not in liquidation, was not in bankruptcy, and had made no assignment, and therefore the express waiver of the requirement of separation legislated in two of the three statutes does not avail the respondent. Therefore, I conclude that, as in the case of the post-appointment period, the appellant is entitled to those moneys withheld by the receiver with reference to deductions made in this period as well. (To the same effect, *Bank of Nova Scotia v. Middleton Motors Limited*¹⁵.)

While the issues with which we are here concerned have not come directly to this Court before, I find the reasoning followed by other Courts supportive of the conclusion I have reached. For example, the Supreme Court of Ontario in *Royal Trust Company v. Montex Apparel Industries Limited*, (at trial¹⁶) and (Court of Appeal¹⁷) concluded, with reference to the UIA, that a corporation under the administration of a receiver and

Le paragraphe 227(5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne contient pas la disposition élargie qui crée une présomption en cas de liquidation et, par conséquent, même s'il y avait eu liquidation, l'intimée ne trouverait aucun secours dans la Loi pour établir une séparation des comptes.

Ceci peut avoir une importance considérable en droit des fiducies, parce que les biens en fiducie doivent habituellement être identifiables et l'objet spécifique de la fiducie mis à part avant que l'on puisse dire que la fiducie est née. (Voir *Waters, The Law of Trusts in Canada, 1974*, p. 64 *et suiv.*, *Mussoorie Bank v. Raynor*¹³, *Perry v. Perry*¹⁴.) En l'espèce, ce n'est pas le droit général des fiducies qui nous occupe, mais plutôt l'application des lois précitées.

Par conséquent, les paiements effectués par Xyloid pendant la période de pré-nomination sont postérieurs à la naissance du droit au salaire. Xyloid n'a pas conservé les déductions séparées et distinctes de ses propres fonds et de son actif, et elle n'était pas en liquidation ni en faillite ni n'avait fait de cession; par conséquent, l'intimée ne peut se prévaloir de la dispense expresse de l'obligation de séparer les fonds, établie dans deux des trois lois. Je conclus donc que, comme pour la période de post-nomination, l'appellante a droit aux montants qu'a retenus le séquestre à l'égard des déductions faites durant cette période. (Dans le même sens, voir *Bank of Nova Scotia v. Middleton Motors Limited*¹⁵.)

Bien que ce soit la première fois que cette Cour est appelée à se prononcer directement sur ces questions, je considère que le raisonnement suivi par d'autres cours appuie la conclusion à laquelle je suis venu. Par exemple, la Cour suprême de l'Ontario dans *Royal Trust Company v. Montex Apparel Industries Limited* (première instance)¹⁶ et (Cour d'appel)¹⁷ a conclu, à propos de la LAC, qu'une société administrée par un séquestre-gérant

¹³ (1882), 7 App. Cas. 321.

¹⁴ [1918] 2 W.W.R. 485 (Man. C.A.).

¹⁵ (1978), 78 D.T.C. 6307.

¹⁶ [1972] 2 O.R. 673.

¹⁷ [1972] 3 O.R. 132.

¹³ (1882), 7 App. Cas. 321.

¹⁴ [1918] 2 W.W.R. 485 (C.A. Man.).

¹⁵ (1978), 78 D.T.C. 6307.

¹⁶ [1972] 2 O.R. 673.

¹⁷ [1972] 3 O.R. 132.

manager appointed under a bond mortgage is not in liquidation, assignment or bankruptcy and accordingly, what is now s. 71(3) did not apply. Similar issues arose in the Courts in Nova Scotia in *Re KRA Restaurants Ltd. v. Toronto Dominion Bank et al.*¹⁸ The Court was there concerned with the identical problem as here with reference to the CPPA and the UIA. Hart J. concluded that these provisions do not create in the Crown in the Right of Canada any priority as regards moneys withheld in a period analogous to the pre-appointment period hereunder, over secured creditors. In the end, the Court interpreted these provisions as creating a trust which impresses only those funds realized from assets which remain after the trustee in bankruptcy has satisfied the secured creditors.

The position of the respondent under the ITA is more difficult to establish in competition with the claims of the appellant because the ITA does not include the deeming provision found in the other two statutes, but simply leaves the matter to be decided on two simple provisions in s. 227, the first being a deeming provision that amounts deducted are held in trust for Her Majesty and the second being a directive that moneys so deducted shall be kept separate from the moneys of the person making the deduction and the further direction that in the event of any liquidation, the amounts shall remain separate and apart from the estate in liquidation. The provision of the ITA, at least in one respect, however, is more helpful to the respondent than the provisions of the other two statutes because the reference to liquidation does not specify that it be the liquidation "of an employer", nor does it direct that moneys withheld shall remain apart from the estate in liquidation on the liquidation of an employer, etc.; rather the provision simply states "and in the event of *any* liquidation . . . the said amount shall remain apart . . .". It may be argued that "any liquidation" is broader than "liquidation of an employer" in the sense that the former, unlike the latter, would include the liquidation of the assets of a debtor without amounting to a formal liquidation of the

nommé en vertu d'une obligation hypothécaire n'est pas en liquidation, cession ou faillite et que, par conséquent, l'actuel par. 71(3) ne s'applique pas. Des questions semblables ont été soulevées devant les tribunaux de la Nouvelle-Écosse dans *Re KRA Restaurants Ltd. v. Toronto Dominion Bank et al.*¹⁸ La Cour faisait face à un problème identique au nôtre à l'égard du RPC et de la LAC. Le juge Hart a conclu que ces dispositions ne confèrent à Sa Majesté du chef du Canada aucune préférence sur des créanciers garantis quant aux montants retenus pendant une période analogue à la période de pré-nomination en l'espèce. En conclusion, la Cour a interprété ces dispositions comme établissant une fiducie qui ne touche que le solde de la réalisation de l'actif une fois que le syndic de faillite a désintéressé les créanciers garantis.

La situation de l'intimée aux termes de la LIR est plus difficile à établir par rapport aux réclamations de l'appelante parce que la LIR ne contient pas la présomption que l'on trouve dans les deux autres lois. La question doit être tranchée d'après deux paragraphes simples de l'art. 227: le premier établit une présomption que les montants déduits sont détenus en fiducie pour Sa Majesté, le second prescrit que les montants ainsi déduits doivent être tenus séparés des fonds de la personne qui fait la déduction et, de plus, qu'en cas de liquidation, les montants doivent demeurer à part et ne former aucune partie des biens en liquidation. Toutefois la disposition de la LIR, du moins à un égard, est plus favorable à l'intimée que les dispositions des deux autres lois parce que la mention de la liquidation ne spécifie pas qu'il doit s'agir de la liquidation «d'un employeur», ni ne prescrit que les montants retenus doivent demeurer séparés des biens en liquidation au moment de la liquidation d'un employeur, etc.; la disposition établit plutôt que «dans le cas d'une liquidation . . . ces montants doivent demeurer à part . . .". L'on peut soutenir que l'expression «une liquidation» est plus large que l'expression «liquidation d'un employeur» en ce sens que la première, contrairement à la seconde, comprendrait la liquidation de l'actif d'un débiteur sans constituer une liquidation formelle de l'entre-

¹⁸ (1977), 74 D.L.R. (3d) 272.

¹⁸ (1977), 74 D.L.R. (3d) 272.

undertaking of the debtor or the existence in law of the debtor. I do not so interpret subs. (5). The word "liquidation" is again used in association with assignment or bankruptcy and refers to an estate in liquidation. In the context of the subparagraph, liquidation, in my view, relates to the winding up of the legal entity and the consequential retirement of indebtedness and distribution of the net residue to the ultimate owners thereof as, for example, the shareholders.

It was urged by the appellant that the ITA should fall into the category of statutes which receive a strict or penal interpretation by the courts. Such a canon of statutory interpretation has, in recent years, lost a great deal of its force, perhaps due in part to the position of taxing statutes in the scheme of government regulation of the economic affairs of the community or indeed to the practice of including in the ITA what might generally be described as rights to deductions, to special rates of taxation, to postpone liability, and other affirmative rights in the taxpaying sector of society. The application of the old rules of strict and beneficial construction no longer fit such statutes *in toto*, and sometimes not at all. *Vide W.A. Sheaffer Pen Company of Canada Limited v. Minister of National Revenue*¹⁹; *Lumbers v. Minister of National Revenue*²⁰. In any case, in the context of these proceedings, it is difficult to classify subs. (4) and (5) of s. 227, being as they are mechanical provisions with reference to the disposition of funds withheld from taxpayers pursuant to the statute, and being taxing provisions calling for strict interpretation in the historic sense of that term in the field of statutory interpretation.

It is readily apparent that the direct result of the interpretation of these three statutes in the manner I have done produces an anomaly. The taxpayer and the insured, who are here one and the same person, under the three statutory patterns loses the benefit of part of the wages which he has earned from the third party employer. Under the pension plan, he does not receive credit which, but for the default of his employer, he would have received in the pension plan established by the CPPA. Simi-

prise du débiteur ou la fin de son existence juridique. Je n'interprète pas le par. (5) de cette façon. Le terme «liquidation» est de nouveau employé en conjonction avec cession ou faillite et renvoie à des biens en liquidation. Dans le contexte de ce paragraphe, la liquidation se rapporte à mon avis à la dissolution de l'entité juridique, au règlement des dettes qui s'ensuit et à la distribution du solde net aux propriétaires réels, par exemple, les actionnaires.

L'appelante a fait valoir que la LIR fait partie de la catégorie des lois auxquelles les tribunaux doivent donner une interprétation stricte ou pénale. Pareille règle d'interprétation des lois a perdu beaucoup de son importance ces dernières années, en partie peut-être à cause de la place des lois fiscales dans l'ensemble de la réglementation gouvernementale des affaires économiques de la collectivité ou, bien sûr, de la pratique qui consiste à inclure dans la LIR ce que l'on pourrait généralement qualifier de droits à des déductions, à des taux spéciaux d'imposition, au report de l'assujettissement, et d'autres droits positifs conférés aux contribuables. L'application des anciennes règles d'interprétation stricte et avantageuse ne convient plus totalement, et parfois plus du tout, à ces lois. Voir *W. A. Sheaffer Pen Company of Canada Limited v. Minister of National Revenue*¹⁹; *Lumbers c. Ministre du Revenu national*²⁰. Quoi qu'il en soit, dans le présent contexte, il est difficile de classer les par. 227(4) et (5), qui sont effectivement des mécanismes relatifs au traitement des fonds retenus des contribuables conformément à la Loi, et des dispositions fiscales qui commandent une interprétation stricte au sens historique de ce terme dans le domaine de l'interprétation des lois.

Il est clair que l'interprétation que je donne de ces trois lois a pour résultat immédiat de créer une anomalie. Le contribuable et assuré, en l'espèce une seule et même personne, perd aux termes des trois mécanismes législatifs le bénéfice d'une partie du salaire qu'il a gagné au service du tiers employeur. Au titre du régime de pensions, il ne reçoit pas le montant qui, n'eût été le défaut de son employeur, aurait été crédité à son régime de pensions établi par le RPC. De même, aucune

¹⁹ (1953), 53 D.T.C. 1223.

²⁰ [1943] Ex. C.R. 202, [1944] S.C.R. 167.

¹⁹ (1953), 53 D.T.C. 1223.

²⁰ [1943] R.C. de l'E. 202, [1944] R.C.S. 167.

larly, his account under the UIA will not reflect any contribution as a result of moneys which were diverted from his earnings in the manner detailed above before those earnings reached the employee. Under the ITA, his tax position is clouded, to say the least, by the collapse of the employer. A deduction in the result having been effected at source one way or another does not find itself as a credit to the tax account of the employee. It may be that his taxable income will, under the taxing statute, be limited to the proceeds paid over by the receiver on the retirement of the wage lien and to the cash amount paid over by the employer in the pre-appointment period to the employee. In either or both of these events, the tax impact will be less than the impact of taxation would be were the gross wages channelled through the tax screen. Nevertheless, the employee will receive a lesser proportionate credit, at least in theory, than would have been the case had the employer not fallen into default on its secured debt. I use the word "theoretical" because the actual dollar impact will vary according to the amount of outside earnings, if any, in the taxation year in question of the employee, which is of course unknown in these proceedings.

I adverted at the outset to the difficulty arising in the disposition of this appeal because of the fact that the record does not disclose whether the distribution by the receiver of moneys to the employees in the two periods originated in whole or in part from realizations by the receiver under the specific charge included in the debenture or under the chattel mortgage registered against the personal property of Xyloid or under the floating charge contained in the debenture. The Court was informed by counsel in the course of the hearing that the case has proceeded at all levels on the basis that the moneys employed by the receiver in making the two payments to the employees came from realizations on the assets of Xyloid on the enforcement of the floating charge. This floating charge, of course, crystallized and came into effect in law as against the assets of Xyloid upon the appointment of the receiver-manager by the Court on March 31, 1977. Up to that date, there had been no allocation or separation by Xyloid of the deductions effected by it under these statutes. The

cotisation ne sera portée à son compte aux termes de la LAC pour les montants qui ont été prélevés de ses gains de la manière décrite précédemment avant qu'il ne les touche. Aux termes de la LIR, sa situation fiscale est embrouillée, c'est le moins que l'on puisse dire, par l'effondrement de son employeur. Finalement une déduction à la source effectuée d'une façon ou d'autre n'est pas portée au crédit du compte d'impôt de l'employé. Il se peut que son revenu imposable se limite, aux termes de la loi fiscale, aux montants versés par le séquestre lors de la radiation du privilège pour les salaires et aux montants d'argent comptant que l'employeur a versé à l'employé pendant la période de pré-nomination. Dans les deux cas, les répercussions fiscales seront moindres que si le salaire brut devait franchir le filtre fiscal. Néanmoins l'employé aura un crédit proportionnellement moindre, du moins en théorie, à celui qu'il aurait eu si l'employeur n'avait pas été en défaut relativement à sa dette garantie. Je dis «en théorie» parce que les répercussions monétaires réelles varieront selon le montant que l'employé tirera éventuellement d'autres sources pendant l'année d'imposition en cause, montant qui est évidemment inconnu en l'espèce.

J'ai mentionné au départ la difficulté que pose la solution du présent pourvoi parce que le dossier n'indique pas si les sommes que le séquestre a distribuées aux employés pendant les deux périodes provenaient en totalité ou en partie du produit de la réalisation effectuée en vertu du privilège spécifique prévu par l'obligation, de l'hypothèque mobilière enregistrée sur les biens meubles de Xyloid ou du privilège général donné par l'obligation. Les avocats ont informé la Cour à l'audition que, dans toutes les cours, on avait tenu pour acquis que les fonds utilisés par le séquestre pour effectuer les deux versements aux employés provenaient de la réalisation de l'actif de Xyloid en vertu du privilège général. Ce privilège général, bien sûr, s'est cristallisé et a pris effet en droit contre l'actif de Xyloid le 31 mars 1977 à la nomination du séquestre-gérant par la cour. Avant cette date, Xyloid n'avait ni réparti ni tenu séparées les déductions qu'elle avait faites conformément à ces lois. Xyloid avait alors \$137 en caisse. Avant cette date, il n'y avait eu ni procédure de la

cash on hand of Xyloid at that date was \$137. There had been at that date no proceedings in the nature of liquidation proceedings, no bankruptcy proceedings, and no assignment by Xyloid. In the result, therefore, it matters not whether the funds came from the enforcement of one security or the other. There was no deemed separation of deductions or withholdings from the assets or estate of the estate of Xyloid; and under the ITA there could be no statutory deeming of such separation in any case; and finally, the receiver was not a person within the meaning of subs. (4) of s. 227 who deducted anything "under this Act" inasmuch as the receiver, as I have said, simply made a payment in retirement of a provincial statutory lien. Xyloid is the person contemplated in subs. (4), and for reasons already set forth, deductions by Xyloid were not constituted a trust of property separate and apart from the estate of Xyloid when the assets of Xyloid passed upon the enforcement of security into the hands of the receiver.

Courts elsewhere and before this have bemoaned the results thrust upon them by the interaction of federal and provincial laws with reference to debtor-creditor priorities. The resolution of anomalies in this complex field is a legislative process. The duty of the Court is to interpret the legislation as it finds it. The result must follow, and if it is a result with which the community interests do not coincide, it is a matter for the Legislature. For these reasons, I would allow the appeal, set aside the Order of the Manitoba Court of Appeal, and restore the Order entered at trial, with costs throughout to the appellant, Dauphin Plains Credit Union Limited.

Appeal allowed in part, with costs in this Court, ESTEY and CHOUINARD JJ. dissenting in part.

Solicitors for the plaintiff, appellant: Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.

Solicitor for the applicant, respondent: Roger Tassé, Ottawa.

nature d'une liquidation, ni procédures de faillite, ni cession de biens de la part de Xyloid. En conséquence, il importe peu que les fonds proviennent de l'exécution d'une garantie ou d'une autre. Il n'y avait aucune présomption de séparation des déductions ou retenues prélevées de l'actif ou des biens de Xyloid; de toute façon, il ne pouvait y avoir pareille présomption de séparation en vertu de la LIR; enfin, le séquestre n'est pas, au sens du par. 227(4), une personne qui a déduit quelque chose «en vertu de la présente loi», vu que, comme je l'ai dit, il a simplement effectué un paiement pour acquitter une créance privilégiée créée par une loi provinciale. Xyloid est la personne visée au par. 4 et, pour les motifs qui précèdent, les déductions faites par Xyloid ne constituaient pas une fiducie séparée et distincte des biens de Xyloid lorsque son actif est passé aux mains du séquestre au moment de l'exécution de la garantie.

Les tribunaux ont déjà déploré ailleurs les résultats que leur impose l'interaction des lois fédérales et provinciales relatives au rang des débiteurs-créanciers. La correction des anomalies dans ce domaine complexe relève du pouvoir législatif. La Cour a le devoir d'interpréter les lois telles qu'elles existent. Si le résultat qui en découle obligatoirement ne coïncide pas avec les intérêts de la collectivité, c'est à la législature d'intervenir. Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'ordre de la Cour d'appel du Manitoba et de rétablir l'ordonnance prononcée en première instance, avec dépens en faveur de l'appelante, Dauphin Plains Credit Union Limited, dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens en cette Cour, les juges ESTEY et CHOUINARD étant dissidents en partie.

Procureurs de la demanderesse, appelante: Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.

Procureur de la requérante, intimée: Roger Tassé, Ottawa.

Dawn Cornish-Hardy *Appellant;*

and

Board of Referees constituted under section 91 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* *Respondent.*

1980: June 19.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Judicial review — Unemployment insurance — Application for remission of unduly paid benefits — No right of appeal from the decision of the Unemployment Insurance Commission on this application — Unemployment Insurance Act, 1971, 1970-71-72 (Can.), c. 48, ss. 54(1), 57(1),(2), 58i), 94 — Unemployment Insurance Regulations, SOR/71-324, s. 175 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹ dismissing an application for judicial review of a decision of the Unemployment Insurance Commission under s. 28 of the *Federal Court Act*. Appeal dismissed.

Pierre Genest, Q.C., and Andrew Roman, for the appellant.

J. A. Scollin, Q.C., and M. H. Zazulak, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

MARTLAND J.—The submissions made on behalf of the appellant have failed to persuade us that the Federal Court of Appeal erred in law in dismissing her application to that Court. The appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Andrew J. Roman, Ottawa.

Solicitor for the respondent: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

¹ [1979] 2 F.C. 437.

Dawn Cornish-Hardy *Appelante;*

et

Le Conseil arbitral établi en vertu de l'article 91 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* *Intimé.*

1980: 19 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Examen judiciaire — Assurance-chômage — Demande de remise de prestations indûment versées — Pas de droit d'appel de la décision de la Commission d'assurance-chômage sur cette demande — Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, 1970-71-72 (Can.), chap. 48, art. 54(1), 57(1),(2), 58i), 94 — Règlement sur l'assurance-chômage, DORS/71-324, art. 175 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 28.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹ rejetant une demande d'examen judiciaire, en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, d'une décision de la Commission d'assurance-chômage. Pourvoi rejeté.

Pierre Genest, c.r., et Andrew Roman, pour l'appelante.

J. A. Scollin, c.r., et M. H. Zazulak, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE MARTLAND—Les arguments présentés au nom de l'appelante n'ont pas réussi à nous persuader que la Cour d'appel fédérale a erré en droit en rejetant la demande qu'elle lui présentait. Le pourvoi est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Andrew J. Roman, Ottawa.

Procureur de l'intimé: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

¹ [1979] 2 C.F. 437.

INDEX

APPEAL

1. Application for leave to appeal – Time for making application – Interpretation – Juvenile Delinquents Act, R.S.C. 1970, c. J-3, s. 37(3) – Official Languages Act, R.S.C. 1970, c. O-2, s. 8.

R. v. JEAN B., 80.

2. Abuse of judicial process – Motion for leave to appeal – Proceedings taken as delaying tactics – Proceedings taken against good faith – Misuse of judicial procedures by applicant – Reference to Court of Appeal for consideration as to what action may be required.

OLYMPIC TOWERS LTD. v. SHERVALE DEVELOPMENTS INC. *et al.*, 142.

3. Motion for leave to appeal – Agency – Fiduciary duty – Res judicata – Failure to raise all issues – Whether further litigation permissible – Misuse of judicial procedures – Reference to Court of Appeal.

OLYMPIC TOWERS LTD. v. SHERVALE DEVELOPMENTS INC. *et al.*, 142.

4. Practice – Leave to appeal denied – Motion for a rehearing of the application for leave – Rules of the Supreme Court of Canada, Rule 61.

MYMRYK v. THE QUEEN, 348.

5. Refusal of leave by Federal Court – Discretion of intermediate appellate court – Whether leave to appeal may be sought from Supreme Court of Canada – Jurisdiction of Supreme Court of Canada – Appeal quashed – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 41 as am. 1974-75-76 (Can.), c. 18, s. (5).

ERNEWEIN v. MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION, 639.

BAILMENT

Plywood crates stored with warehouseman – Plywood damaged by fire – Liability for loss admitted by warehouseman – Quantum of damages – Provision in warehouse receipt for limitation of liability – Statutory obligation of warehouseman to take care not impaired – Warehouse Receipts Act, R.S.B.C. 1960, c. 404, ss. 3(4)(b), 14.

EVANS PRODUCTS CO. LTD. v. CREST WAREHOUSING CO. LTD., 83.

BANKRUPTCY

Secured creditor – Interpretation – Crown privilege – Retail sales tax – Cancellation of privilege – Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 2, 107 – Civil Code, art. 1989 – Retail Sales Tax Act, R.S.Q. 1964, c. 71, s. 30.

DEPUTY MINISTER OF REVENUE v. RAINVILLE, 35.

BARRISTERS AND SOLICITORS

Negligence – Breach of contract – Assessment of damages. CLARK *et al.* v. ROYAL BANK OF CANADA, 177.

CIVIL CODE

1.—Article 1241..... 740

See: LABOUR LAW

2.—Articles 1713, 1716..... 580

See: TAXATION

3.—Article 1989..... 35

See: BANKRUPTCY

CODE OF CIVIL PROCEDURE

1.—Articles 847, 850..... 740

See: LABOUR LAW

COLLEGES AND UNIVERSITIES

University president ordering suspension of faculty member – Appeal to Board of Governors – Appellant's withdrawal following conclusion of hearing by Board – Further facts given to Board by president in absence of appellant – Breach of natural justice – Failure to observe rule expressed in *maxim audi alteram partem*.

KANE v. BOARD OF GOVERNORS (UNIVERSITY OF BRITISH COLUMBIA), 1105.

CONSPIRACY

Possession of stolen property – Absence of guilty knowledge on part of co-accused – Charge of conspiracy to possess stolen property – Acquittal.

R. v. JEAN *et al.*, 400.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Senate – Authority of Parliament to amend constitution – British North America Act, ss. 21 to 36, 91(1).

RE: AUTHORITY OF PARLIAMENT IN RELATION TO THE UPPER HOUSE, 54.

2. Labour relations – Jurisdiction of the Canada Labour Relations Board – Absence of evidence on the constitutional facts – British North America Act, ss. 91, 92(10)(a) – Canada Labour Code, R.S.C. c. L-1, ss. 2, 108.

NORTHERN TELECOM LTD. v. COMMUNICATIONS WORKERS OF CANADA, 115.

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

3. Labour management relations – Federally incorporated life insurance company – Federally incorporated trust company – Jurisdiction of Labour Relations Board of Saskatchewan to certify bargaining unit and hear charges of unfair labour practices – Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 2, and s. 108 as enacted by 1972 (Can.), c. 18 – The Trade Union Act, 1972 (Sask.), c. 137.

CANADIAN PIONEER MANAGEMENT LTD. *et al.* v. LABOUR RELATIONS BOARD OF SASKATCHEWAN *et al.*, 433.

4. Distribution of legislative authority – Marketing standards prescribed at both provincial and federal levels – Apples marketed under federal grade name – Intraprovincial transaction – Validity/applicability of legislation – Whether federal legislation ultra vires – Canada Agricultural Standards Act, R.S.C. 1970, c. A-8, ss. 3(1), 3(2)(a), 13(1) – The Farm Products Grades and Sales Act, R.S.O. 1970, c. 161 – B.N.A. Act, ss. 91(2), 92(13), (16), 95.

DOMINION STORES LTD. v. THE QUEEN, 844.

5. Food and Drugs Act – Invalidity of provisions establishing standards for beer – British North America Act, 1867, ss. 91, 91(2), 91(27), 92(13) – Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, ss. 6, 25(1) – Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870, ss. B.02.130 to B.02.135.

LABATT BREWERIES OF CANADA LTD. v. ATTORNEY GENERAL OF CANADA, 914.

6. Indians – Indian owned provincial company manufacturing on Indian Reserve – Employees largely Band members – The Labour Relations Act, R.S.O. 1970, c. 232 – Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6 – Canada Labour Code, s. 108.

FOUR B MANUFACTURING LTD. v. UNITED GARMENT WORKERS OF AMERICA *et al.*, 1031.

7. Jurisdiction of judges – Criminal Code cases – Action by County Court Judge after his retirement – County Court Act, R.S.N.S. 1967, c. 64 – Judicature Act, 1972 (N.S.), c. 2 – British North America Act, s. 91(27), 92(14) – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 482(c), 488, 489, 499(1), 747(c), 748.

RITCEY *et al.* v. THE QUEEN, 1077.

COPYRIGHT

Liability of person pressing records from master disc prepared by a third party – Meaning of “make a record” – Infringement of copyright of owner – Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, as amended, ss. 3, 4, 10, 12, 17, 19.

COMPO COMPANY LTD. v. BLUE CREST MUSIC INC. *et al.*, 357.

COURTS

1. Federal Court – Jurisdiction – Third party proceedings by the Crown – Not based on federal law – The British North America Act, 1867, s. 101 – Federal Court Act, R.S.C. 1970

COURTS—Concluded

(2nd Supp.), c. 10, s. 17(4) – Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38 – The Negligence Act, R.S.O. 1970, c. 296, s. 2.

R. v. THOMAS FULLER CONSTRUCTION CO. (1958) LTD. *et al.*, 695.

2. Practice – Appeal abandoned by delay – Rules of the Supreme Court of Canada, Rule 59.

ADEGBOLA v. RIVARD *et al.*, 758.

CRIMINAL LAW

1. Murder – Evidence as to confessions by the accused – Witness of dishonourable repute – Witness originally supporting accused's alibi – Charge to the jury – Whether amounting to misdirection – Whether inconsistent with jury's obligation to consider all the evidence – Criminal Code, s. 613(1)(b).

FRENCH v. THE QUEEN, 158.

2. Motor vehicles – Breathalyzer – Amendment to Code – Breath samples – Whether provision for “samples” rather than “sample” retroactive – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 235, 236, 237 – Criminal Law Amendment Act, 1975, 1974-75-76 (Can.), c. 93.

R. v. ALI, 221.

3. Three persons convicted on charge of murder – Joint trial – Errors by trial judge with respect to use of extrajudicial statements of accused – Overwhelming evidence implicating appellant – Application of provisions of Criminal Code, s. 613(1)(b)(iii).

McFALL v. THE QUEEN, 321.

4. Common assault charge – Non-appearance of informant – Refusal of Crown's request for adjournment – Charge dismissed – New information sworn in identical terms to first information – Plea of autrefois acquit – Whether plea available in respect of summary conviction offence – Order of dismissal does not supplant right to raise plea – No requirement for trial “on the merits” – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 734, 743(1), (2).

R. v. RIDDLE, 380.

5. Jury trial – Possession of weapons – “Dangerous to the public peace” – Judge's charge to jury – Further charge in response to question – Judge's reference to factual situations from decided cases – Whether charge proper.

STAVROFF v. THE QUEEN, 411.

6. Police officer suspecting accused might be impaired driver – Demand for breath sample for road-side testing – Refusal to comply without presence of lawyer – Accused at no time “detained” within meaning of Canadian Bill of Rights, 1960 (Can.), c. 44, s. 2(c) – No reasonable excuse for failure to comply – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234.1(2).

CHROMIAK v. THE QUEEN, 471.

7. Trial – Election by accused – Re-election – Whether accused properly re-elected trial by judge alone – Compliance with Code provisions – Criminal Code, ss. 492, 496.

R. v. DWYER AND LAUZON, 481.

CRIMINAL LAW—Continued

8. Charge to jury – Testimony of an accessory after the fact – Rule of caution applicable – Opinion expressed by the Court earlier – Authority of this opinion – *Obiter dictum* – No substantial wrong or miscarriage of justice – Criminal Code, s. 613(1)(b)(iii).

SELLARS *v.* THE QUEEN, 527.

9. Summary convictions – Appeal costs – Payment by the Crown – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 720(1), 738(4), 744(1), 748, 752.1, 755, 758, 759, 771 – Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 16.

R. *v.* OUELLETTE, 568.

10. Circumstantial evidence – Acquittal – Assessment of the evidence by the trial judge – No error in law.

FLEURANT *v.* THE QUEEN, 588.

11. Charge of dangerous driving – Acquittal at trial set aside by Court of Appeal and conviction entered – Accused's conduct not inadvertent negligence – Conduct constituted dangerous driving – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 233(4).

FOTTI *v.* THE QUEEN, 589.

12. Trial – Trial judge declining to grant further adjournment – Power to grant or refuse adjournment – No error established on part of trial judge in the exercise of his discretion.

MANHAS *v.* THE QUEEN, 591.

13. Charge of breaking and entering to commit a theft – Accused unlawfully at large – Benefit of the doubt – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 306(1)(a).

BERNARD *v.* THE QUEEN, 593.

14. Murder – Evidence – Admissibility of statements – Inculpatory statements made by paranoid schizophrenic – Accused fit to stand trial after treatment – Defence of insanity not raised.

NAGOTCHA *v.* THE QUEEN, 714.

15. Appellants convicted of conspiring to traffic in heroin – Subsequent declarations by principal Crown witness asserting his trial evidence untrue – Refusal of Court of Appeal to admit this new evidence – No error in law on part of Court of Appeal – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 610(1)(d).

PALMER *et al.* *v.* THE QUEEN, 759.

16. Appellants convicted of conspiring to traffic in heroin – Subsequent declarations by principal Crown witness asserting his trial evidence untrue – Refusal of Court of Appeal to admit this new evidence – No error in law on part of Court of Appeal – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 610(1)(d).

DUNCAN *et al.* *v.* THE QUEEN, 783.

17. Conspiracy to use forged documents – Evidence – Admissibility – Wiretap evidence – Scope of *voir dire* – Duty of trial judge in *voir dire* – Whether evidence as to integrity and continuity of tapes and voice identification should be heard in the absence of the jury – Criminal Code, ss. 178.13, 178.16(4), 326.

CHARETTE *v.* THE QUEEN, 785.

CRIMINAL LAW—Continued

18. Issue estoppel – Acquittal of murder of robbery victim – Subsequent contradictory statement under oath – Conviction of robbery – Conviction for making contradictory statements in judicial proceedings – Criminal Code ss. 124, 302(c).

GUSHUE *v.* THE QUEEN, 798.

19. Application for writ of habeas corpus *ad subjiciendum* – Court of Appeal reducing sentences of imprisonment to terms of less than two years – Sentences imposed on appellant made before expiration of sentence of imprisonment in a penitentiary – Warrants of committal directing imprisonment in a correctional institution result of administrative error – Appellant properly convicted and sentenced, and required to serve his sentences in a penitentiary – Criminal Code, s. 659(2).

OLSON *v.* THE QUEEN, 808.

20. Jury trial – Bodily harm with intent to wound – Possession of a weapon, an automobile jack – Included offence – Poll of jury – Response of juror – Ambiguity of response – Whether proper course followed by judge – Unanimous verdict finally given.

LAFORET *v.* THE QUEEN, 869.

21. Conspiracy to defraud the public – Evidence – Unauthorized wiretap – Admissibility – *Ex post facto* consent – Criminal Code, ss. 178.11(2)(a), 178.16(1), 338(1), 423(1)(d).

ROSEN *v.* THE QUEEN, 961.

22. Conspiracy to possess counterfeit money – Evidence – Admissibility – Conversations recorded by consent of one party – Proof of consent – Consenter not a witness – Criminal Code, ss. 178.1, 178.11(2)(a), 178.16(1) – Protection of Privacy Act, 1973-74 (Can.), c. 50.

GOLDMAN *v.* THE QUEEN, 976.

23. Murder – Non-capital murder – Defences – Provocation not raised by defence – Duty of trial judge to instruct jury as to provocation – Failure of trial judge to instruct on influence of drugs or alcohol – Refusal by Court of Appeal of motion to adduce fresh evidence – Discretion of Court of Appeal – Criminal Code, ss. 215, 610, 613(1)(b)(iii).

OLBEY *v.* THE QUEEN, 1008.

24. Jury – Evidence – Readback to jury after commencement of deliberations – Error in permitting readback of direct examination only – Qualifying evidence not read back – Criminal Code, s. 613(1)(b)(iii).

OLBEY *v.* THE QUEEN, 1008.

25. Failure of Court to proceed with case at appointed time and place – Resulting loss of jurisdiction – Jurisdiction over offence not saved by curative section of Code – Criminal Code, s. 440.1 [en. 1974-75-76, c. 93, s. 43].

R. *v.* KRANNENBURG, 1053.

26. Court clerk unable to locate informations on date of scheduled appearance – No action taken by Court on charges – Informations later located elsewhere with another magistrate – Accused summoned to appear at later date – Objection taken to jurisdiction of Court – Loss of jurisdiction.

R. *v.* THOMPSON, 1063.

CRIMINAL LAW—Concluded

27. Motor vehicles – Breathalyzer – Evidence – Certificate of analysis – Rebuttable presumption – Conclusive evidence ‘in the absence of any evidence to the contrary’ – Evidence required to constitute ‘evidence to the contrary’ – ‘Mere possibility of inaccuracy’ insufficient – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 236, 237(1)(c), (f), 771(2), (3) – Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 24(1).

R. v. CROSTHWAIT, 1089.

28. Driving with more than 80 mgs. of alcohol in blood – Breathalyzer – Meaning of “with an interval of at least fifteen minutes between the time when the samples were taken” – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, as am. by 1974-75-76 (Can.), c. 93, ss. 236, 237(1)(c)(ii).

PERRY v. THE QUEEN, 1104.

29. Murder – Defence of insanity – Meanings of the words “appreciating” and “knowing” in s. 16(2) of Criminal Code distinct and separate – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 16(2), 613(1)(d).

R. v. BARNIER, 1124.

30. Indictment for robbery – Conviction for common assault – Offence of common assault included in that of robbery as described in the enactment creating it – Criminal Code, 1970, ss. 302, 589(1).

LUCKETT v. THE QUEEN, 1140.

31. Non-capital murder – Defence of insanity not pleaded but put to the jury by trial judge – “Disease of the mind” – “Appreciating the nature and quality of an act or omission” – Charge to the jury – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 16, 613, 618(1)(a).

COOPER v. THE QUEEN, 1149.

DAMAGES

Intersection accident – Child killed as result of collision between two vehicles – Award of damages at trial reduced by Court of Appeal – Reduction not warranted in law.

LAI v. GILL *et al.*, 431.

EVIDENCE

1. Court of Appeal misled by wrongful assertion in notice of appeal as to title to property – Motion for leave to adduce new evidence – Motion granted – Party not disclosing true facts – Candour expected from counsel and solicitors.

HARPER v. HARPER, 2.

2. Wiretapping – Conversation between husband and wife intercepted by police – Private communications between persons not specifically named in order authorizing interception – Inadmissibility – Criminal Code, s. 178.16(5).

R. v. JEAN *et al.*, 400.

3. Wiretap – Unauthorized interception – Ex post facto consent – Criminal Code, ss. 178.11(2)(a), 178.16(1), 338(1), 423(1)(d).

ROSEN v. THE QUEEN, 961.

EVIDENCE—Concluded

4. Interception – Conversations intercepted by consent – Direct conversation – Telephone conversation – Admissibility – Voluntariness of consent – Proof of consent – Criminal Code, ss. 178.1, 178.11(2)(a), 178.16(1) – Protection of Privacy Act, 1973-74 (Can.), c. 50.

GOLDMAN v. THE QUEEN, 976.

EXPROPRIATION

Compensation – Residential property – Property including other buildings and benefits – Purposes of residence – Special value to owner – “Home for a home” provision – Amenities to be included in “residence” – Expropriation Act, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 16, as amended, ss. 23, 24.

R. v. GERENCER, 403.

FOOD AND DRUGS

Standard for labelling – Beer labelled “Special lite” – Likely to be mistaken for “Light Beer” – Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, ss. 6, 25(1) – Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870, ss. B.02.130 to B.02.135.

LABATT BREWERIES OF CANADA LTD. v. ATTORNEY GENERAL OF CANADA, 914.

HUSBAND AND WIFE

Divorce – Interest of divorced wife in matrimonial home – Discretionary jurisdiction of trial judge – Review of trial judge’s discretion – Family Relations Act, 1972 (B.C.), c. 20, s. 8.

HARPER v. HARPER, 2.

IMMIGRATION

Deportation order – Appeal refused by Immigration Appeal Board – Application for leave to appeal to Federal Court dismissed – Appeal to Supreme Court of Canada by leave – Appeal quashed – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 31 as am. 1974-75-76 (Can.), c. 18, s. 9(2) – Immigration Appeal Board Act, R.S.C. 1970, c. I-3 as enacted 1973-74 (Can.), c. 27, s. 5.

ERNEWEIN v. MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION, 639.

INDIANS

1. Fishing for salmon during prohibited period – Food fishing – Claimed fishing rights not established – Fishing rights, even if established, would be subordinated to conservation of fisheries – Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 19 – British North America Act, 1867, ss. 91(12), 146 –

INDIANS—Concluded

Terms of Union of British Columbia and Canada, 1871, art. 13 – Status of appellants to invoke art. 13.

JACK et al. v. THE QUEEN, 294.

2. Hunting rights – Treaty Indian hunting on privately owned, non-posted property – No right of access – The Wildlife Act, R.S.M. 1970, c. W140 – British North America Act, 1930 – Natural Resources Agreement, para. 13.

MCKINNEY v. THE QUEEN, 401.

INSURANCE

1. Life insurance – Premiums – Grace period – Late premium offer sent after expiry of grace period – Cheque sent by insured – Status of policy – Death of insured prior to clearing of cheque – Delay in clearing cheque – The Insurance Act, R.S.N.B. 1973, c. I-12, s. 142(1) – Bills of Exchange Act, R.S.C. 1970, c. B-5, s. 167.

DUPLISEA v. T. EATON LIFE ASSURANCE CO., 144.

2. Motor vehicle insurance – First loss insurance – The Insurance Act, R.S.O. 1970, c. 224, ss. 215, 239(1).

GULF OIL CANADA LTD. et al. v. POULIN, 669.

3. Interpretation of insurance contracts – Definition of accident – Direct and consequential damages.

CONSOLIDATED-BATHURST EXPORT LTD. v. MUTUAL BOILER AND MACHINERY INSURANCE CO., 888.

JUDICIAL REVIEW

1. Public Service – Public Service Commission Appeal Board – Appeal to the Board against a proposed appointment – Appeal allowed without affording the person involved the opportunity to be heard – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28 – Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 21.

PERRY v. PUBLIC SERVICE COMMISSION APPEAL BOARD, 316.

2. Unemployment insurance – Application for remission of unduly paid benefits – No right of appeal from the decision of the Unemployment Insurance Commission on this application – Unemployment Insurance Act, 1971, 1970-71-72 (Can.), c. 48, ss. 54(1), 57(1),(2), 58(i), 94 – Unemployment Insurance Regulations, SOR/71-324, s. 175 – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

CORNISH-HARDY v. BOARD OF REFEREES, 1218.

JURISDICTION

Certiorari – Disciplinary offence – Penitentiary disciplinary board – Inmate committed to special corrections unit – Jurisdiction of Trial Division of Federal Court of Canada – Judicial discretion – Duty to act fairly – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 18 – Penitentiary Act,

JURISDICTION—Concluded

R.S.C. 1970, c. P-6, s. 29 – Penitentiary Service Regulations and Directives.

MARTINEAU v. MATSQUI INSTITUTION DISCIPLINARY BOARD, 602.

LABOUR LAW

1. Dismissal for participation in an unlawful strike – Another good and sufficient reason – Jurisdiction of the investigation commissioner – Labour Code, R.S.Q. 1964, c. 141 as am., ss. 13, 14, 15, 16.

LAFRANCE et al. v. COMMERCIAL PHOTO SERVICE INC., 536.

2. Dismissal for distributing a document – Another good and sufficient reason – Jurisdiction of the investigation commissioner – Labour Code, R.S.Q. 1964, c. 141 as am., ss. 13, 14, 15, 16.

HILTON QUÉBEC LTÉE v. LABOUR COURT et al., 548.

3. Arbitral award – Application of Health Insurance Act and Supplemental Pension Plans Act to collective agreement – Invalidity of syndicate by-law – Evocation – Res judicata – Health Insurance Act, S.Q. 1970, c. 37, ss. 12, 13 – Supplemental Pension Plans Act, S.Q. 1965, c. 25, s. 8 – Professional Syndicates Act, R.S.Q. 1964, c. 146, as am. by S.Q. 1965, c. 51, ss. 9, 13a – Civil Code, art. 1241 – Code of Civil Procedure, arts. 847, 850.

FRATERNITÉ DES POLICIERS DE LA COMMUNAUTÉ URBAINE DE MONTRÉAL INC. v. CITY OF MONTREAL et al., 740.

4. Arbitration of a grievance – Interpretation of a collective agreement – Jurisdiction of the arbitrator – Natural justice.

UNITED STEELWORKERS OF AMERICA, LOCAL 4589 et al. v. BOMBARDIER – M.L.W. LTÉE, 905.

LABOUR RELATIONS

1. Arbitration – Judicial review – Standard for judicial review – Grievance – Ambiguity – Extrinsic evidence – Nature of arbitration – Consensual or otherwise – Collective agreement – Justifiable reason for absence from work – Whether correct question addressed by arbitrator.

VOLVO CANADA LTD. v. U.A.W., LOCAL 720, 178.

2. Strike – “Sick-in” a strike – Grievance arbitration – Judicial review – Plant Chairman relieved of all production duties – Whether “employee”.

DOUGLAS AIRCRAFT CO. OF CANADA LTD. v. MCCONNELL et al., 245.

3. Indians – Distribution of legislative authority – Provincial corporation manufacturing on Indian reserve under permit – Owned by Indian Band members and employing mainly Band members – Certification of union by Provincial Labour Relations Board – The Labour Relations Act, R.S.O.

LABOUR RELATIONS—Concluded

1970, c. 232 – Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6 – Canada Labour Code, s. 108.

FOUR B MANUFACTURING LTD. v. UNITED GARMENT WORKERS OF AMERICA *et al.*, 1031.

MARITIME LAW

1. Insurance – Dismissal of appellant's action seeking declaration that it was the proper owner of and beneficiary under an insurance policy respondent was obliged to issue – No error in judgment at trial or on appeal – The Marine Insurance Act, R.S.O. 1970, c. 260, s. 23.

GREEN FOREST LUMBER LTD. v. GENERAL SECURITY INSURANCE CO. LTD., 176.

2. Courts – Federal Court jurisdiction – Claim for specific performance of contract for sale of ship – Whether claim based on any existing federal law – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2, 22(1), 22(2)(a), 42, 44 – British North America Act, s. 91(10).

ANTARES SHIPPING CORPORATION v. THE SHIP "Capricorn" *et al.*, 553.

MASTER AND SERVANT

Wrongful dismissal – Damages – No deduction for income tax or unemployment insurance benefits.

JACK CEWE LTD. v. JORGENSON, 812.

MORTGAGES

Priorities – Sale of land – Priority of Crown judgments – Priority of Crown claims with claims "of equal degree" – The Registry Act, R.S.N.S. 1967, c. 265, ss. 17, 18.

HOUSEHOLD REALTY CORPORATION LTD. *et al.* v. ATTORNEY GENERAL OF CANADA, 423.

MUNICIPAL LAW

Creation of Regional Municipality – Vesting of assets of County on dissolution subject to an order of the Municipal Board – Power of Ontario Municipal Board – The Regional Municipality of Ottawa-Carleton Act, R.S.O. 1970, c. 407, ss. 135, 136, 137 – The Municipal Act, R.S.O. 1970, c. 284, s. 14.

CORPORATION OF GOULBOURN *et al.* v. REGIONAL MUNICIPALITY OF OTTAWA-CARLETON, 496.

PRACTICE

Supreme Court of Canada – Declaratory action – Power of Court to stay proceedings pending final determination of appeal – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 70 –

PRACTICE—Concluded

Supreme Court Rules, Rule 126 – Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27.

LABATT BREWERIES OF CANADA LTD. v. ATTORNEY GENERAL OF CANADA, 594.

PRISONS

Censorship of prisoners' mail – Right of prison inmates to communicate in confidence with their solicitors – Solicitor-client privilege – Inmate failing to establish entitlement to a declaration – Penitentiary Service Regulations, SOR/62-90 – Canadian Bill of Rights, 1960 (Can.), c. 44, ss. 1(b), (d), 2(c)(ii).

SOLOSKY v. THE QUEEN, 821.

PROTECTION OF PRIVACY

Interception of private communications – Admissibility of evidence – Criminal Code, ss. 178.13, 178.16(4), 326.

CHARETTE v. THE QUEEN, 785.

RAILWAYS

Rates – Rates on flour moving – Demurrage charges included in the term rates in s. 272(2)(b) of the Railway Act – Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2, ss. 2, 271, 272, 274 – National Transportation Act, R.S.C. 1970, c. N-17, ss. 45, 64(2).

CANADIAN PACIFIC LTD. *et al.* v. CANADIAN TRANSPORT COMMISSION *et al.*, 319.

REAL PROPERTY

1. Contracts of sale and purchase of land – Closing dates – Time of the essence – Failure of purchaser in first agreement to secure survey and therefore title by closing date – Right of purchaser in second agreement to require specific performance – Effect of stipulation that time shall be of the essence.

MCCAULEY v. MCVEY *et al.*, 165.

2. Purchase of house – Whether house "completed" – Serious defects in construction – Non-compliance with Building By Law standards – Express warranty – Extinction of warranty – Warranty not fulfilled by delivery of conveyance – Warranty unaffected by exclusion clause.

FRASER-REID *et al.* v. DROUMTSEKAS *et al.*, 720.

RECEIVERSHIP

Revenue – Deductions from wages prescribed by three federal statutes – Deductions effected by debtor company on wages paid – Funds not remitted nor kept separate –

RECEIVERSHIP—Concluded

Appointment of receiver – Wages earned prior to appointment paid by receiver pursuant to Payment of Wages Act of Manitoba – Wages paid less deductions – No remittance by receiver of amount deducted – Priority of claims as between Crown and secured creditor – The Payment of Wages Act, 1975 (Man.), c. 21, ss. 1(h), 7(1) – Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 153(1)(a), (3), 227(4), (5) – Canada Pension Plan, R.S.C. 1970, c. C-5, s. 24(3), (4) – Unemployment Insurance Act, 1970-71-72 (Can.), c. 48, s. 71(2), (3).

DAUPHIN PLAINS CREDIT UNION LTD. v. XYLOID INDUSTRIES LTD., 1182.

SOLICITOR

Acting for both parties to a transaction – To be avoided if difficulties possible.

MCCAULEY v. McVEY *et al.*, 165.

STATUTES

Amendment – Motor vehicles – Breathalyzer – Breath samples – Whether provision for “samples” rather than “sample” retroactive – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 235, 236, 237 – Criminal Law Amendment Act, 1975, 1974-75-76 (Can.), c. 93.

R. v. ALI, 221.

STATUTES

| | |
|---|-----|
| 1.—B.N.A. Act, ss. 91(2), 92(13), (16), 95..... | 844 |
| <i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i> | |
| 2.—Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 2, 107..... | 35 |
| <i>See: BANKRUPTCY</i> | |
| 3.—Bills of Exchange Act, R.S.C. 1970, c. B-5, s. 167.. | 144 |
| <i>See: INSURANCE</i> | |
| 4.—British North America Act, ss. 21 to 36, 91(1)..... | 54 |
| <i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i> | |
| 5.—British North America Act, ss. 91, 92(10)(a)..... | 115 |
| <i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i> | |
| 6.—British North America Act, 1867, ss. 91(12), 146.. | 294 |
| <i>See: INDIANS</i> | |
| 7.—British North America Act, 1930..... | 401 |
| <i>See: INDIANS</i> | |
| 8.—British North America Act, s. 91(10)..... | 553 |
| <i>See: MARITIME LAW</i> | |
| 9.—British North America Act, 1867, s. 101..... | 695 |
| <i>See: COURTS</i> | |
| 10.—British North America Act, 1867, ss. 91, 91(2), 91(27), 92(13)..... | 914 |
| <i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i> | |

STATUTES—Continued

| | |
|---|------|
| 11.—British North America Act, s. 91(27), 92(14)..... | 1077 |
| <i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i> | |
| 12.—Canada Agricultural Standards Act, R.S.C. 1970, c. A-8, ss. 3(1), 3(2)(a), 13(1)..... | 844 |
| <i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i> | |
| 13.—Canada Labour Code, R.S.C. c. L-1, ss. 2, 108..... | 115 |
| <i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i> | |
| 14.—Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 2, and s. 108 as enacted by 1972 (Can.), c. 18..... | 433 |
| <i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i> | |
| 15.—Canada Labour Code, s. 108..... | 1031 |
| <i>See: LABOUR RELATIONS</i> | |
| 16.—Canada Labour Code, s. 108..... | 1031 |
| <i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i> | |
| 17.—Canada Pension Plan, R.S.C. 1970, c. C-5, s. 24(3), (4)..... | 1182 |
| <i>See: RECEIVERSHIP</i> | |
| 18.—Canadian Bill of Rights, 1960 (Can.), c. 44, s. 2(c)..... | 471 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 19.—Canadian Bill of Rights, 1960 (Can.), c. 44, ss. 1(b), (d), 2(c)(ii)..... | 821 |
| <i>See: PRISONS</i> | |
| 20.—Companies Act, R.S.Q. 1964, c. 271, s. 29..... | 580 |
| <i>See: TAXATION</i> | |
| 21.—Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, as amended, ss. 3, 4, 10, 12, 17, 19..... | 357 |
| <i>See: COPYRIGHT</i> | |
| 22.—Corporation Tax Act, R.S.Q. 1964, c. 67 as am.... | 580 |
| <i>See: TAXATION</i> | |
| 23.—County Court Act, R.S.N.S. 1967, c. 64..... | 1077 |
| <i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i> | |
| 24.—Criminal Code, s. 613(1)(b)..... | 158 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 25.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 235, 236, 237..... | 221 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 26.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 235, 236, 237..... | 221 |
| <i>See: STATUTES</i> | |
| 27.—Criminal Code, s. 613(1)(b)(iii)..... | 321 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 28.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 734, 743(1), (2)..... | 380 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 29.—Criminal Code, s. 178.16(5)..... | 400 |
| <i>See: EVIDENCE</i> | |
| 30.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234.1(2)..... | 471 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |

STATUTES—Continued

| | |
|---|------|
| 31.—Criminal Code, ss. 492, 496..... | 481 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 32.—Criminal Code, s. 613(1)(b)(iii)..... | 527 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 33.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 720(1), 738(4), 744(1), 748, 752.1, 755, 758, 759, 771..... | 568 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 34.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 233(4).... | 589 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 35.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 306(1)(a)..... | 593 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 36.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 610(1)(d). | 759 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 37.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 610(1)(d). | 783 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 38.—Criminal Code, ss. 178.13, 178.16(4), 326..... | 785 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 39.—Criminal Code, ss. 178.13, 178.16(4), 326..... | 785 |
| <i>See: PROTECTION OF PRIVACY</i> | |
| 40.—Criminal Code, ss. 124, 302(c)..... | 798 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 41.—Criminal Code, s. 659(2). | 808 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 42.—Criminal Code, ss. 178.11(2)(a), 178.16(1), 338(1), 423(1)(d)..... | 961 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 43.—Criminal Code, ss. 178.11(2)(a), 178.16(1), 338(1), 423(1)(d)..... | 961 |
| <i>See: EVIDENCE</i> | |
| 44.—Criminal Code, ss. 178.1, 178.11(2)(a), 178.16(1)..... | 976 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 45.—Criminal Code, ss. 178.1, 178.11(2)(a), 178.16(1)..... | 976 |
| <i>See: EVIDENCE</i> | |
| 46.—Criminal Code, ss. 215, 610, 613(1)(b)(iii). | 1008 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 47.—Criminal Code, s. 613(1)(b)(iii)..... | 1008 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 48.—Criminal Code, s. 440.1 [en. 1974-75-76, c. 93, s. 43]..... | 1053 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 49.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 482(c), 488, 489, 499(1), 747(c), 748. | 1077 |
| <i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i> | |

STATUTES—Continued

| | |
|--|------|
| 50.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 236, 237(1)(c), (f), 771(2), (3)..... | 1089 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 51.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, as am. by 1974-75-76 (Can.), c. 93, ss. 236, 237(1)(c)(ii)..... | 1104 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 52.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 16(2), 613(1)(d). | 1124 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 53.—Criminal Code, 1970, ss. 302, 589(1)..... | 1140 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 54.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 16, 613, 618(1)(a). | 1149 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 55.—Criminal Law Amendment Act, 1975, 1974-75- 76 (Can.), c. 93..... | 221 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 56.—Criminal Law Amendment Act, 1975, 1974-75- 76 (Can.), c. 93..... | 221 |
| <i>See: STATUTES</i> | |
| 57.—Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38..... | 695 |
| <i>See: COURTS</i> | |
| 58.—Expropriation Act, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 16, as amended, ss. 23, 24. | 403 |
| <i>See: EXPROPRIATION</i> | |
| 59.—Family Relations Act, 1972 (B.C.), c. 20, s. 8. | 2 |
| <i>See: HUSBAND AND WIFE</i> | |
| 60.—Farm Products Grades and Sales Act, R.S.O. 1970, c. 161..... | 844 |
| <i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i> | |
| 61.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28. | 316 |
| <i>See: JUDICIAL REVIEW</i> | |
| 62.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2, 22(1), 22(2)(a), 42, 44. | 553 |
| <i>See: MARITIME LAW</i> | |
| 63.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 18. | 602 |
| <i>See: JURISDICTION</i> | |
| 64.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 31 as am. 1974-75-76 (Can.), c. 18, s. 9(2). | 639 |
| <i>See: IMMIGRATION</i> | |
| 65.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(4). | 695 |
| <i>See: COURTS</i> | |
| 66.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28. | 1218 |
| <i>See: JUDICIAL REVIEW</i> | |

STATUTES—Continued

| | |
|---|------|
| 67.—Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 19. | 294 |
| <i>See: INDIANS</i> | |
| 68.—Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27. | 594 |
| <i>See: PRACTICE</i> | |
| 69.—Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, ss. 6, 25(1). | 914 |
| <i>See: FOOD & DRUGS</i> | |
| 70.—Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, ss. 6, 25(1). | 914 |
| <i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i> | |
| 71.—Health Insurance Act, S.Q. 1970, c. 37, ss. 12, 13. | 740 |
| <i>See: LABOUR LAW</i> | |
| 72.—Immigration Appeal Board Act, R.S.C. 1970, c. I-3 as enacted 1973-74 (Can.), c. 27, s. 5. | 639 |
| <i>See: IMMIGRATION</i> | |
| 73.—Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, as amend- ed prior to 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 11(1)(a). | 318 |
| <i>See: TAXATION</i> | |
| 74.—Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 12(3). | 350 |
| <i>See: TAXATION</i> | |
| 75.—Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, as amend- ed by 1970-71-72 (Can.), c. 63, ss. 133(6), 133(8)(a),(d), 133(9)(a),(b), 164(3), (4), (5). | 670 |
| <i>See: TAXATION</i> | |
| 76.—Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 153(1)(a), (3), 227(4), (5). | 1182 |
| <i>See: RECEIVERSHIP</i> | |
| 77.—Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6. | 1031 |
| <i>See: LABOUR RELATIONS</i> | |
| 78.—Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6. | 1031 |
| <i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i> | |
| 79.—Insurance Act, R.S.N.B. 1973, c. I-12, s. 142(1). .. | 144 |
| <i>See: INSURANCE</i> | |
| 80.—Insurance Act, R.S.O. 1970, c. 224, ss. 215, 239(1). | 669 |
| <i>See: INSURANCE</i> | |
| 81.—Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 16. | 568 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 82.—Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 24(1). .. | 1089 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 83.—Judicature Act, 1972 (N.S.), c. 2. | 1077 |
| <i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i> | |
| 84.—Juvenile Delinquents Act, R.S.C. 1970, c. J-3, s. 37(3). | 80 |
| <i>See: APPEAL</i> | |
| 85.—Labour Code, R.S.Q. 1964, c. 141 as am., ss. 13, 14, 15, 16. | 536 |
| <i>See: LABOUR LAW</i> | |

STATUTES—Continued

| | |
|---|------|
| 86.—Labour Code, R.S.Q. 1964, c. 141 as am., ss. 13, 14, 15, 16. | 548 |
| <i>See: LABOUR LAW</i> | |
| 87.—Labour Relations Act, R.S.O. 1970, c. 232. | 1031 |
| <i>See: LABOUR RELATIONS</i> | |
| 88.—Labour Relations Act, R.S.O. 1970, c. 232. | 1031 |
| <i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i> | |
| 89.—Marine Insurance Act, R.S.O. 1970, c. 260, s. 23. .. | 176 |
| <i>See: MARITIME LAW</i> | |
| 90.—Mortmain Act, R.S.Q. 1964, c. 276. | 580 |
| <i>See: TAXATION</i> | |
| 91.—Municipal Act, R.S.O. 1970, c. 284, s. 14. | 496 |
| <i>See: MUNICIPAL LAW</i> | |
| 92.—National Transportation Act, R.S.C. 1970, c. N-17, ss. 45, 64(2). | 319 |
| <i>See: RAILWAYS</i> | |
| 93.—Negligence Act, R.S.O. 1970, c. 296, s. 2. | 695 |
| <i>See: COURTS</i> | |
| 94.—Official Languages Act, R.S.C. 1970, c. O-2, s. 8. .. | 80 |
| <i>See: APPEAL</i> | |
| 95.—Payment of Wages Act, 1975 (Man.), c. 21, ss. 1(h), 7(1). | 1182 |
| <i>See: RECEIVERSHIP</i> | |
| 96.—Penitentiary Act, R.S.C. 1970, c. P-6, s. 29. | 602 |
| <i>See: JURISDICTION</i> | |
| 97.—Professional Syndicates Act, R.S.Q. 1964, c. 146, as am. by S.Q. 1965, c. 51, ss. 9, 13a. | 740 |
| <i>See: LABOUR LAW</i> | |
| 98.—Protection of Privacy Act, 1973-74 (Can.), c. 50. .. | 976 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i> | |
| 99.—Protection of Privacy Act, 1973-74 (Can.), c. 50. .. | 976 |
| <i>See: EVIDENCE</i> | |
| 100.—Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 21. | 316 |
| <i>See: JUDICIAL REVIEW</i> | |
| 101.—Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2, ss. 2, 271, 272, 274. | 319 |
| <i>See: RAILWAYS</i> | |
| 102.—Regional Municipality of Ottawa-Carleton Act, R.S.O. 1970, c. 407, ss. 135, 136, 137. | 496 |
| <i>See: MUNICIPAL LAW</i> | |
| 103.—Registry Act, R.S.N.S. 1967, c. 265, ss. 17, 18. .. | 423 |
| <i>See: MORTGAGES</i> | |
| 104.—Retail Sales Tax Act, R.S.Q. 1964, c. 71, s. 30. .. | 35 |
| <i>See: BANKRUPTCY</i> | |
| 105.—Social Services and Education Tax Act, R.S.N.B. 1973, c. S-10, s. 11(o). | 787 |
| <i>See: TAXATION</i> | |

STATUTES—Concluded

- 106.—Supplemental Pension Plans Act, S.Q. 1965, c. 25, s. 8. 740
See: LABOUR LAW
- 107.—Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 70. 594
See: PRACTICE
- 108.—Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 41 as am. 1974-75-76 (Can.), c. 18, s. 5. 639
See: APPEAL
- 109.—Trade Marks Act, R.S.C. 1970, c. T-10, ss. 2, 12, 18, 49. 99
See: MARITIME LAW
- 110.—Trade Union Act, 1972 (Sask.), c. 137. 433
See: CONSTITUTIONAL LAW
- 111.—Unemployment Insurance Act, 1970-71-72 (Can.), c. 48, s. 71(2), (3). 1182
See: RECEIVERSHIP
- 112.—Unemployment Insurance Act, 1971, 1970-71-72 (Can.), c. 48, ss. 54(1), 57(1),(2), 58i), 94. 1218
See: JUDICIAL REVIEW
- 113.—Warehouse Receipts Act, R.S.B.C. 1960, c. 404, ss. 3(4)(b), 14. 83
See: BAILMENT
- 114.—Wildlife Act, R.S.M. 1970, c. W140. 401
See: INDIANS

TAXATION

1. Income tax – Capital cost allowance – Film bought for audited cost of production – Cost payment on the purchase price – Balance payable out of earnings – Real or contingent liability – Assessment limiting the capital cost for the purchasers to the cash payment – Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, as amended prior to 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 11(1)(a) – Income Tax Regulations, 1100(1)(a).
 MANDEL v. THE QUEEN, 318.
2. Income tax – Sale of land – Vendor not dealing at arm's length – Computation of profit – Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 12(3).
 MINISTER OF NATIONAL REVENUE v. SHOFAR INVESTMENT CORPORATION, 350.
3. Corporate tax – Tax on paid-up capital – Land purchased by mandatary – Contract of prête-nom – Corporation Tax Act, R.S.Q. 1964, c. 67 as am. – Civil Code, arts. 1713, 1716 – Companies Act, R.S.Q. 1964, c. 271, s. 29 – Mortmain Act, R.S.Q. 1964, c. 276.
 VICTIM v. MINISTER OF REVENUE OF QUEBEC, 580.

TAXATION—Concluded

4. Income tax – Income calculation – Transitional provisions – Allowable refund – Non-resident-owned corporation – Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, as amended by 1970-71-72 (Can.), c. 63, ss. 133(6), 133(8)(a),(d), 133(9)(a),(b), 164(3), (4), (5).
 GREAT ATLANTIC AND PACIFIC TEA CO. LTD. v. THE QUEEN, 670.
5. Sales tax – Exemptions – Judicial review – Scope of judicial review – Machinery and apparatus used in manufacture or production of goods for sale or use – Machinery and apparatus as defined by the Minister – Failure of Minister to define – The Social Services and Education Tax Act, R.S.N.B. 1973, c. S-10, s. 11(o).
 IRVING OIL LTD. *et al.* v. PROVINCIAL SECRETARY OF NEW BRUNSWICK, 787.

TRADE MARKS

- Registered user – Mark “OFF” – Mark not distinctive – Elliptical description – Confusion with “BUGG OFF” – Trade Marks Act, R.S.C. 1970, c. T-10, ss. 2, 12, 18, 49.
 JOHNSON (S.C.) AND SON, LTD. *et al.* v. MARKETING INTERNATIONAL LTD., 99.

TRUSTS AND TRUSTEES

- Conversion of real property of residue – Rule in *Howe v. Earl of Dartmouth* – Duty of trustees.
 LOTTMAN *et al.* v. STANFORD *et al.*, 1065.

WILLS

- Construction – Rule in *Howe v. Earl of Dartmouth* – Applicability to realty – Duty of trustees.
 LOTTMAN *et al.* v. STANFORD *et al.*, 1065.

WITNESSES

- Self-misdirection as to the law – Propriety of reference by witnesses to the law as it is said to be enunciated in specific judgments of the courts.
 R. v. BARNIER, 1124.

INDEX

ALIMENTS ET DROGUES

Normes d'étiquetage – Bière étiquetée «Special Lite» – Confusion possible avec «Light Beer» – Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27, art. 6, 25(1) – Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., chap. 870, art. B.02.130 à B.02.135.

BRASSERIES LABATT DU CANADA LTÉE C. PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA, 914.

APPEL

1. Demande d'autorisation d'appel – Délai de présentation – Interprétation – Loi sur les jeunes délinquants, S.R.C. 1970, chap. J-3, art. 37(3) – Loi sur les langues officielles, S.R.C. 1970, chap. O-2, art. 8.

R. C. JEAN B., 80.

2. Abus de procédures judiciaires – Requête en autorisation de pourvoi – Mesures dilatoires – Procédures entamées de mauvaise foi – Emploi abusif de procédures judiciaires par la requérante – Renvoi à la Cour d'appel pour décider des mesures à prendre.

OLYMPIC TOWERS LTD. C. SHERVALE DEVELOPMENTS INC. *et autre*, 142.

3. Requête en autorisation de pourvoi – Mandat – Devoir du fiduciaire – Chose jugée – Défaut de soulever toutes les questions – D'autres procédures peuvent-elles être permises? – Emploi abusif de procédures judiciaires – Renvoi à la Cour d'appel.

OLYMPIC TOWERS LTD. C. SHERVALE DEVELOPMENTS INC. *et autre*, 142.

4. Pratique – Autorisation de pourvoi refusée – Requête pour une nouvelle audition de la demande d'autorisation – Règles de la Cour suprême du Canada, Règle 61.

MYMRYK C. LA REINE, 348.

5. Refus d'autorisation de la Cour fédérale – Pouvoir discrétionnaire de la Cour d'appel intermédiaire – Autorisation d'appel peut-elle être demandée à la Cour suprême du Canada? – Compétence de la Cour suprême du Canada – Pourvoi annulé – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 41 mod. par 1974-75-76 (Can.), chap. 18, art. (5).

ERNEWEIN C. MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION, 639.

ASSURANCE

1. Assurance-vie – Primes – Délai de grâce – Avis de facturation de la prime échue envoyé après l'expiration de la période de grâce – Chèque envoyé par l'assuré – Statut de la police – Décès de l'assuré avant la présentation du chèque pour encaissement – Délai dans la présentation du chèque pour encaissement – Loi sur les assurances, L.R.N.-B. 1973, chap.

ASSURANCE—Fin

I-12, par. 142(1) – Loi sur les lettres de change, S.R.C. 1970, chap. B-5, art. 167.

DUPLISEA C. COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE T. EATON, 144.

2. Assurance automobile – Assurance au premier risque – The Insurance Act, R.S.O. 1970, chap. 224, art. 215, 239(1).

GULF OIL CANADA LTD. *et autre* C. POULIN, 669.

3. Interprétation des contrats d'assurance – Définition d'accident – Dommages directs et indirects.

EXPORTATIONS CONSOLIDATED BATHURST LTÉE C. MUTUAL BOILER AND MACHINERY INSURANCE CO., 888.

AVOCATS ET PROCUREURS

Responsabilité – Inexécution de contrat – Evaluation des dommages-intérêts.

CLARK *et autre* C. BANQUE ROYALE DU CANADA, 177.

CHEMINS DE FER

Tarifs – Tarifs pour le transport de la farine – Frais de surestaries inclus dans la définition des tarifs à l'al. 272(2)b) de la Loi sur les chemins de fer – Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, chap. R-2, art. 2, 271, 272, 274 – Loi nationale sur les transports, S.R.C. 1970, chap. N-17, art. 45, 64(2).

CANADIEN PACIFIQUE LTÉE *et autres* C. COMMISSION CANADIENNE DES TRANSPORTS *et autre*, 319.

CODE CIVIL

1.—Article 1241..... 740

Voir: DROIT DU TRAVAIL

2.—Articles 1713, 1716..... 580

Voir: DROIT FISCAL

3.—Article 1989..... 35

Voir: FAILLITE

CODE DE PROCÉDURE CIVILE

1.—Articles 847, 850..... 740

Voir: DROIT DU TRAVAIL

COLLÈGES ET UNIVERSITÉS

Président de l'université ordonnant la suspension d'un professeur – Appel au conseil d'administration – Départ de l'appelant après la conclusion de l'audition du conseil – Faits additionnels fournis au conseil par le président en l'absence de l'appelant – Violation de la justice naturelle – Inobservation de la règle exprimée dans la maxime *audi alteram partem*.

KANE C. CONSEIL D'ADMINISTRATION (UNIVERSITÉ DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE), 1105.

COMPÉTENCE

Certiorari – Infraction disciplinaire – Comité de discipline du pénitencier – Détenu condamné à l'unité spéciale de correction – Compétence de la Division de première instance de la Cour fédérale du Canada – Pouvoir discrétionnaire judiciaire – Obligation d'agir équitablement – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 18 – Loi sur les pénitenciers, S.R.C. 1970, chap. P-6, art. 29 – Règlement sur le service des pénitenciers et directives.

MARTINEAU C. COMITÉ DE DISCIPLINE DE L'INSTITUTION DE MATSQUI, 602.

COMLOT

Possession de biens volés – Absence de connaissance coupable de la part des coaccusés – Accusation de complot en vue de posséder des biens volés – Acquiescement.

R. C. JEAN *et autre*, 400.

DÉPÔT

Paquets de contreplaqué entreposés chez un entreposeur – Contreplaqué endommagé par le feu – L'entreposeur a reconnu sa responsabilité à l'égard de la perte – Quantum des dommages – Disposition du récépissé d'entrepôt limitant la responsabilité – L'obligation de l'entreposeur d'apporter le soin exigé par la loi n'est pas restreinte – Warehouse Receipts Act, R.S.B.C. 1960, chap. 404, al. 3(4)b) et art. 14.

EVANS PRODUCTS CO. LTD. C. CREST WAREHOUSING CO. LTD., 83.

DOMMAGES-INTÉRÊTS

Accident à une intersection – Enfant tué suite à une collision entre deux automobiles – Dommages-intérêts accordés en première instance réduits par la Cour d'appel – Réduction non justifiée en droit.

LAI C. GILL *et autres*, 431.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Sénat – Compétence du Parlement d'amender la constitution – Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 21 à 36, 91(1).

RENVOI: COMPÉTENCE DU PARLEMENT RELATIVEMENT À LA CHAMBRE HAUTE, 54.

2. Relations de travail – Compétence du Conseil canadien des relations du travail – Absence de preuve relativement aux faits constitutionnels – Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 91, 92(10)a) – Code canadien du travail, S.R.C. chap. L-1, art. 2, 108.

NORTHERN TELECOM LTÉE C. TRAVAILLEURS EN COMMUNICATION DU CANADA, 115.

3. Relations de travail – Compagnie d'assurance-vie à charte fédérale – Compagnie fiduciaire à charte fédérale – Compétence du Conseil des relations du travail de la Saskatchewan pour accréditer une unité de négociation et entendre des accusations de pratiques déloyales – Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 2, et art. 108 édicté par 1972 (Can.), chap. 18 – The Trade Union Act, 1972 (Sask.), chap. 137.

CANADIAN PIONEER MANAGEMENT LTD. *et autres* C. CONSEIL DES RELATIONS DU TRAVAIL DE LA SASKATCHEWAN *et autres*, 433.

4. Répartition du pouvoir législatif – Normes de commercialisation prescrites à la fois au niveau provincial et fédéral – Pommes commercialisées sous un nom de qualité fédéral – Opération intra-provinciale – Validité/applicabilité de la loi – S'agit-il d'une loi fédérale constitutionnelle? – Loi sur les normes des produits agricoles du Canada, S.R.C. 1970, chap. A-8, art. 3(1), 3(2)a), 13(1) – The Farm Products Grades and Sales Act, R.S.O. 1970, chap. 161 – A.A.N.B., art. 91(2), 92(13), (16), 95.

SUPERMARCHÉS DOMINION LTÉE C. LA REINE, 844.

5. Loi des aliments et drogues – Inconstitutionnalité des dispositions fixant les normes de la bière – Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 91, 91(2), 91(27), 92(13) – Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27, art. 6, 25(1) – Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., chap. 870, art. B.02.130 à B.02.135.

BRASSERIES LABATT DU CANADA LTÉE C. PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA, 914.

6. Indiens – Compagnie provinciale de fabrication propriété d'Indiens sur une réserve indienne – La plupart des employés membres de la bande – The Labour Relations Act, R.S.O. 1970, chap. 232 – Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6 – Code canadien du travail, art. 108.

FOUR B MANUFACTURING LTD. C. TRAVAILLEURS UNIS DU VÊTEMENT D'AMÉRIQUE *et autre*, 1031.

7. Juridiction des juges – Affaires du Code criminel – Acte d'un juge de Cour de comté après sa retraite – County Court Act, R.S.N.S. 1967, chap. 64 – Judicature Act, 1972 (N.-É.), chap. 2 – Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 91(27), 92(14) – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 482c), 488, 489, 499(1), 747c), 748.

RITCEY *et autres* C. LA REINE, 1077.

DROIT CRIMINEL

1. Meurtre – Preuve de déclarations faites par l'accusé – Témoin de réputation équivoque – Témoin qui, à l'origine, a fourni un alibi à l'accusé – Directive au jury – La directive était-elle erronée – La directive était-elle incompatible avec l'obligation du jury d'examiner toute la preuve – Code criminel, al. 613(1)b).

FRENCH C. LA REINE, 158.

2. Véhicules à moteur – Analyseur d'haleine – Modification au Code – Échantillons d'haleine – La disposition exigeant «des échantillons» plutôt qu'«un échantillon» est-elle rétroactive? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 235, 236, 237 – Loi de 1975 modifiant le Code criminel, 1974-75-76 (Can.), chap. 93.

R. C. ALL, 221.

3. Trois personnes déclarées coupables d'un meurtre – Procès conjoint – Erreurs commises par le juge du procès relativement à l'utilisation de déclarations extra-judiciaires de l'accusé – Preuve écrasante de la participation de l'appelant – Application des dispositions du sous-al. 613(1)b)(iii) du Code criminel.

McFALL C. LA REINE, 321.

4. Accusation de voies de fait simples – Non-comparution du dénonciateur – Refus d'accorder au ministère public une demande d'ajournement – Accusation rejetée – Nouvelle dénonciation sous serment en termes identiques à la première – Moyen de défense d'autrefois acquit – Ce moyen de défense est-il opposable à une accusation d'infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité? – Une ordonnance de rejet n'a pas préséance sur le droit d'invoquer le moyen de défense – Il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu un procès «sur le fond» – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 734, 743(1), (2).

R. C. RIDDLE, 380.

5. Procès devant jury – Possession d'armes – «Dangereux pour la paix publique» – Directives du juge au jury – Directives supplémentaires en réponse à une question – Référence par le juge à des situations de fait tirées d'arrêts antérieurs – Les directives étaient-elles appropriées?

STAVROFF C. LA REINE, 411.

6. Accusé soupçonné par un agent de la paix de conduire alors que ses facultés étaient affaiblies – Sommé de soumettre un échantillon d'haleine pour fin d'analyse immédiate – Refus d'obtempérer en l'absence d'un avocat – L'accusé n'a jamais été «détenu» au sens de la Déclaration canadienne des droits, 1960 (Can.), chap. 44, art. 2c) – Aucune excuse raisonnable au refus d'obtempérer à la demande – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.1(2).

CHROMIAK C. LA REINE, 471.

7. Procès – Choix par les accusés – Nouveau choix – Le nouveau choix fait par les accusés d'être jugés par un juge seul est-il régulier? – Respect des dispositions du Code – Code criminel, art. 492, 496.

R. C. DWYER ET LAUZON, 481.

8. Directives au jury – Témoignage d'un complice après le fait – Règle de prudence applicable – Opinion exprimée anté-

DROIT CRIMINEL—Suite

rieurement par le tribunal – Autorité de cette opinion – Obiter dictum – Absence de tort important ou d'erreur judiciaire grave – Code criminel, art. 613(1)b)(iii).

SELLARS C. LA REINE, 527.

9. Déclarations sommaires de culpabilité – Frais d'appel – Paiement par la Couronne – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 720(1), 738(4), 744(1), 748, 752.1, 755, 758, 759, 771 – Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 16.

R. C. OUELLETTE, 568.

10. Preuve circonstancielle – Acquittement – Appréciation de la preuve par le juge de première instance – Pas d'erreur de droit.

FLEURANT C. LA REINE, 588.

11. Accusation de conduite dangereuse – Acquittement infirmé par la Cour d'appel et condamnation – Accusé ne commettant pas une négligence par inadvertance – Agissement constituant l'infraction de conduite dangereuse – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 233(4).

FOTTI C. LA REINE, 589.

12. Procès – Juge du procès refusant un ajournement – Pouvoir d'accorder ou de refuser un ajournement – Aucune erreur du juge du procès dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

MANHAS C. LA REINE, 591.

13. Accusation d'introduction par effraction dans le but de commettre un vol – Accusé en évasion – Bénéfice du doute – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 306(1)a).

BERNARD C. LA REINE, 593.

14. Meurtre – Preuve – Admissibilité des déclarations – Déclarations incriminantes faites par un schizophrène paranoïaque – Accusé capable de subir son procès après traitement – Défense d'aliénation pas invoquée.

NAGOTCHA C. LA REINE, 714.

15. Appelants déclarés coupables de complot pour faire le trafic d'héroïne – Déclarations ultérieures du principal témoin à charge quant à son faux témoignage au procès – Refus de la Cour d'appel d'admettre ce nouvel élément de preuve – Aucune erreur de droit de la Cour d'appel – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 610(1)d).

PALMER *et autre* C. LA REINE, 759.

16. Appelants déclarés coupables de complot pour faire le trafic d'héroïne – Déclarations ultérieures du principal témoin à charge quant à son faux témoignage au procès – Refus de la Cour d'appel d'admettre ce nouvel élément de preuve – Aucune erreur de droit de la Cour d'appel – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 610(1)d).

DUNCAN *et autres* C. LA REINE, 783.

17. Complot en vue de se servir de documents contrefaits – Preuve – Ecoute électronique – Admissibilité – Etendue du voir dire – Obligation du juge du procès au voir dire – Doit-on entendre la preuve de l'intégrité et de la continuité des bandes et de l'identification des voix en l'absence du jury? – Code criminel, art. 178.13, 178.16(4), 326.

CHARETTE C. LA REINE, 785.

DROIT CRIMINEL—Suite

18. Chose jugée comme fin de non-recevoir – Acquittement quant au meurtre de la victime du vol qualifié – Déclaration contradictoire sous serment – Condamnation pour vol qualifié – Condamnation pour déclarations contradictoires dans des procédures judiciaires – Code criminel, art. 124, 302c).

GUSHUE C. LA REINE, 798.

19. Demande de bref d'habeas corpus ad subjiciendum – Réduction des sentences d'incarcération à moins de deux ans par la Cour d'appel – Sentences imposées à l'appelant avant l'expiration d'une sentence d'incarcération au pénitencier – Mandats de dépôt ordonnant l'incarcération dans une institution correctionnelle suite à une erreur administrative – Appelant régulièrement déclaré coupable et condamné et obligé de purger ses sentences au pénitencier – Code criminel, art. 659(2).

OLSON C. LA REINE, 808.

20. Procès par jury – Lésions corporelles avec intention de blesser – Possession d'une arme, un cri d'automobile – Infraction incluse – Vérification du verdict – Réponse d'un juré – Réponse ambiguë – La façon de procéder du juge est-elle appropriée? – Verdict unanime finalement rendu.

LAFORET C. LA REINE, 869.

21. Complot pour frustrer le public – Preuve – Ecoute électronique non autorisée – Admissibilité – Consentement ex post facto – Code criminel, art. 178.11(2)a), 178.16(1), 338(1), 423(1)d).

ROSEN C. LA REINE, 961.

22. Complot pour possession de monnaie contrefaite – Preuve – Admissibilité – Conversations enregistrées du consentement d'une partie – Preuve du consentement – Celui qui consent n'est pas un témoin – Code criminel, art. 178.1, 178.11(2)a), 178.16(1) – Loi sur la protection de la vie privée, 1973-74 (Can.), chap. 50.

GOLDMAN C. LA REINE, 976.

23. Meurtre – Meurtre non qualifié – Défenses – Provocation non soulevée par la défense – Obligation du juge du procès d'expliquer au jury la défense de provocation – Omission du juge du procès de donner des directives sur l'influence des drogues ou de l'alcool – Rejet par la Cour d'appel de la requête en production de nouveaux éléments de preuve – Pouvoir discrétionnaire de la Cour d'appel – Code criminel, art. 215, 610, 613(1)b)(iii).

OLBEY C. LA REINE, 1008.

24. Jury – Preuve – Relecture au jury après le début des délibérations – Erreur de permettre la relecture de l'interrogatoire principal seulement – Preuve mitigeante non relue – Code criminel, art. 613(1)b)(iii).

OLBEY C. LA REINE, 1008.

25. Défaut de la Cour d'entendre une affaire à l'heure et à l'endroit fixés – Perte de juridiction consécutive – Juridiction sur l'infraction non protégée par l'article correctif du Code – Code criminel, art. 440.1 [1974-75-76, chap. 93, art. 43].

R. C. KRANNENBURG, 1053.

26. Greffier incapable de trouver les renseignements sur la date de comparution prévue – Aucune mesure prise par la cour

DROIT CRIMINEL—Fin

eu égard aux accusations – Dénonciations trouvées plus tard entre les mains d'un autre magistrat – Accusé sommé de comparaître à une date postérieure – Contestation de la juridiction de la cour – Perte de juridiction.

R. C. THOMPSON, 1063.

27. Véhicules à moteur – Alcotest – Preuve – Certificat d'analyse – Présomption simple – Preuve concluante «en l'absence de toute preuve contraire» – Preuve requise pour constituer une «preuve contraire» – Insuffisance du «simple risque d'inexactitude» – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 236, 237(1)c), f), 771(2), (3) – Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 24(1).

R. C. CROSTHWAIT, 1089.

28. Conduite avec plus de 80 mg d'alcool dans le sang – Alcotest – Sens de «le second l'ayant été au moins quinze minutes après le premier» échantillon – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, mod. par 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 236, 237(1)c)(ii).

PERRY C. LA REINE, 1104.

29. Meurtre – Défense d'aliénation mentale – Signification indépendante et distincte des mots «juger» et «savoir» à l'art. 16(2) du Code criminel – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 16(2), 613(1)d).

R. C. BARNIER, 1124.

30. Acte d'accusation de vol qualifié – Déclaration de culpabilité de voies de fait simples – Infraction de voies de fait simples comprise dans celle de vol qualifié telle que décrite dans la disposition qui la crée – Code criminel, 1970, art. 302, 589(1).

LUCKETT C. LA REINE, 1140.

31. Meurtre non qualifié – Défense d'aliénation mentale non plaidée mais soumise au jury par le juge du procès – «Maladie mentale» – «Juger la nature et la qualité d'un acte ou d'une omission» – Exposé au jury – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 16, 613, 618(1)a).

COOPER C. LA REINE, 1149.

DROIT D'AUTEUR

Responsabilité de la personne qui presse des disques en utilisant une matrice préparée par un tiers – Signification de «confectionner une empreinte» – Violation du droit d'auteur du titulaire – Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1970, chap. C-30, et ses modifications, art. 3, 4, 10, 12, 17, 19.

COMPO COMPANY LTD. C. BLUE CREST MUSIC INC. *et autres*, 357.

DROIT DU TRAVAIL

1. Congédiement pour participation à une grève illégale – Autre cause juste et suffisante – Juridiction du commissaire-enquêteur – Code du travail, S.R.Q. 1964, chap. 141 et mod., art. 13, 14, 15, 16.

LAFRANCE *et autres* C. COMMERCIAL PHOTO SERVICE INC., 536.

DROIT DU TRAVAIL—Fin

2. Congédiement pour distribution d'un document – Autre cause juste et suffisante – Juridiction du commissaire-enquêteur – Code du travail, S.R.Q. 1964, chap. 141 et mod., art. 13, 14, 15, 16.

HILTON QUÉBEC LTÉE C. TRIBUNAL DU TRAVAIL *et autres*, 548.

3. Sentence arbitrale – Incidence de la Loi de l'assurance-maladie et de la Loi des régimes supplémentaires de rentes sur la convention collective – Nullité du règlement du syndicat – Evocation – Chose jugée – Loi de l'assurance-maladie, L.Q. 1970, chap. 37, art. 12, 13 – Loi des régimes supplémentaires de rentes, L.Q. 1965, chap. 25, art. 8 – Loi des syndicats professionnels, S.R.Q. 1964, chap. 146, mod. par L.Q. 1965, chap. 51, art. 9, 13a – Code civil, art. 1241 – Code de procédure civile, art. 847, 850.

FRATERNITÉ DES POLICIERS DE LA COMMUNAUTÉ URBAINE DE MONTRÉAL INC. C. VILLE DE MONTRÉAL *et autre*, 740.

4. Arbitrage d'un grief – Interprétation de la convention collective – Compétence de l'arbitre – Justice naturelle.

MÉTALLURGISTES UNIS D'AMÉRIQUE, LOCAL 4589 *et autre* C. BOMBARDIER – M.L.W. LTÉE, 905.

DROIT FISCAL

1. Impôt sur le revenu – Allocation du coût en capital – Achat d'un film au coût de production vérifié – Acompte versé sur le prix d'achat – Solde payable sur les bénéfices – Passif éventuel ou réel – Cotisation limitant le coût en capital pour les acquéreurs à l'acompte versé – Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, version modifiée antérieure à 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 11(1)a) – Règlements de l'impôt sur le revenu, 1100(1)a).

MANDEL C. LA REINE, 318.

2. Impôt sur le revenu – Vente de terrain – Vendeur ne traitant pas à distance – Calcul du profit – Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 12(3).

MINISTRE DU REVENU NATIONAL C. SHOFAR INVESTMENT CORPORATION, 350.

3. Impôt sur les corporations – Taxe sur capital versé – Terrain acquis par un mandataire – Contrat de prête-nom – Loi de l'impôt sur les corporations, S.R.Q. 1964, chap. 67 et mod. – Code civil, art. 1713, 1716 – Loi des compagnies, S.R.Q. 1964, chap. 271, art. 29 – Loi de la mainmorte, S.R.Q. 1964, chap. 276.

VICTUNI C. MINISTRE DU REVENU DU QUÉBEC, 580.

4. Impôt sur le revenu – Calcul du revenu – Dispositions transitoires – Remboursement admissible – Corporation appartenant à des non-résidents – Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, modifiée par 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 133(6), 133(8)a), d), 133(9)a), b), 164(3), (4), (5).

GREAT ATLANTIC AND PACIFIC TEA CO. LTD. C. LA REINE, 670.

DROIT FISCAL—Fin

5. Taxe de vente – Exemptions – Examen judiciaire – Etendue de l'examen judiciaire – Machines et appareils servant à la fabrication ou à la production de marchandises destinées à la vente ou à l'usage – Machines et appareils que le Ministre détermine – Absence de définition du Ministre – Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation, L.R.N.-B. 1973, chap. S-10, art. 11o).

IRVING OIL LTD. *et autres* C. SECRÉTAIRE PROVINCIAL DU NOUVEAU BRUNSWICK, 787.

DROIT MARITIME

1. Assurance – Rejet de l'action de l'appelante qui voulait faire déclarer qu'elle était le véritable propriétaire en vertu d'une police d'assurance que l'intimée était tenue de délivrer – Les jugements en première instance et en appel ne renferment aucune erreur – The Marine Insurance Act, R.S.O. 1970, chap. 260, art. 23.

GREEN FOREST LUMBER LTD. C. GENERAL SECURITY INSURANCE CO. LTD., 176.

2. Tribunaux – Compétence de la Cour fédérale – Demande en vue de l'exécution intégrale d'un contrat de vente d'un navire – La demande est-elle fondée sur l'existence d'une législation fédérale? – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 2, 22(1), 22(2)a), 42, 44 – Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 91(10).

ANTARES SHIPPING CORPORATION V. LE NAVIRE «*Capricorn*» *et autres*, 553.

DROIT MUNICIPAL

Constitution de la Municipalité régionale – Transfert de l'actif du comté par suite de la dissolution assujéti à une ordonnance de la Commission municipale – Pouvoir de la Commission municipale de l'Ontario – The Regional Municipality of Ottawa-Carleton Act, R.S.O. 1970, chap. 407, art. 135, 136, 137 – The Municipal Act, R.S.O. 1970, chap. 284, art. 14.

MUNICIPALITÉ DE GOULBOURN *et autres* C. MUNICIPALITÉ RÉGIONALE D'OTTAWA-CARLETON, 496.

EMPLOYEUR ET EMPLOYÉ

Renvoi injustifié – Dommages-intérêts – Aucune déduction pour l'impôt sur le revenu ni pour les prestations d'assurance-chômage.

JACK CEWE LTD. C. JORGENSEN, 812.

EXAMEN JUDICIAIRE

1. Fonction publique – Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique – Appel interjeté devant le Comité à l'encontre d'une nomination éventuelle – Appel accueilli sans donner la possibilité à la personne en cause de se faire entendre

EXAMEN JUDICIAIRE—Fin

— Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 28 — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 21.

PERRY C. COMITÉ D'APPEL DE LA COMMISSION DE LA FONCTION PUBLIQUE, 316.

2. Assurance-chômage — Demande de remise de prestations indûment versées — Pas de droit d'appel de la décision de la Commission d'assurance-chômage sur cette demande — Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, 1970-71-72 (Can.), chap. 48, art. 54(1), 57(1),(2), 58i), 94 — Règlement sur l'assurance-chômage, DORS/71-324, art. 175 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 28.

CORNISH-HARDY C. CONSEIL ARBITRAL, 1218.

EXPROPRIATION

Indemnité — Propriété résidentielle — Propriété comprenant d'autres bâtiments et des avantages — Fins de résidence — Valeur spéciale pour le propriétaire — Disposition «maison pour maison» — Commodités à être comprises dans le terme «résidence» — Loi sur l'expropriation, S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), chap. 16, et mod., art. 23, 24.

R. C. GERENCER, 403.

FAILLITE

Créancier garanti — Interprétation — Privilège de la Couronne — Impôt sur la vente en détail — Radiation du privilège — Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 2, 107 — Code civil, art. 1989 — Loi de l'impôt sur la vente en détail, S.R.Q. 1964, chap. 71, art. 30.

SOUS-MINISTRE DU REVENU C. RAINVILLE, 35.

FIDUCIES ET FIDUCIAIRES

Réalisation des bien-fonds du reliquat — Règle de Howe v. Earl of Dartmouth — Obligation des fiduciaires.

LOTTMAN *et autre* C. STANFORD *et autre*, 1065.

HYPOTHÈQUES

Priorités — Vente de bien-fonds — Priorité d'un jugement rendu en faveur de Sa Majesté — Priorité de réclamations de Sa Majesté sur des réclamations «de rang égal» — The Registry Act, R.S.N.S. 1967, chap. 265, art. 17, 18.

HOUSEHOLD REALTY CORPORATION LTD. *et autre* C. PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA, 423.

IMMEUBLES

1. Contrats de vente et d'achat d'un terrain — Dates de signature — La date est une condition essentielle — Défaut par l'acheteur partie au premier contrat de faire compléter l'arpentage et ainsi obtenir le titre à la date de la signature — Droit de l'acheteur partie au deuxième contrat d'exiger l'exécution intégrale — Effet de la stipulation selon laquelle la date est une condition essentielle.

MCCAULEY C. MCVEY *et autres*, 165.

2. Achat de maison — La maison est-elle «parachevée» — Vices de construction graves — Violation des normes de construction du règlement municipal — Garantie expresse — Extinction de la garantie — La garantie n'est pas satisfaite par la signature de l'acte translatif de propriété — La clause d'exclusion ne porte pas atteinte à la garantie.

FRASER-REID *et autre* C. DROUMTSEKAS *et autres*, 720.

IMMIGRATION

Ordonnance d'expulsion — Appel refusé par la Commission d'appel de l'immigration — Rejet de la demande d'autorisation d'appel à la Cour fédérale — Pourvoi en Cour suprême du Canada sur permission — Pourvoi annulé — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 31 mod. par 1974-75-76 (Can.), chap. 18, art. 9(2) — Loi sur la Commission d'appel de l'immigration, S.R.C. 1970, chap. I-3 promulgué par 1973-74 (Can.), chap. 27, art. 5.

ERNEWEIN C. MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION, 639.

INDIENS

1. Pêche au saumon pendant une période prohibée — Ils pêchaient pour se nourrir — Les droits de pêche revendiqués n'étaient pas reconnus — Même si les droits de pêche étaient reconnus ils auraient été assujettis à l'objectif de protection de la faune marine — Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, chap. F-14, art. 19 — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 91(12), 146 — Conditions de l'Union de la Colombie-Britannique et du Canada, 1871, art. 13 — Qualité des appelants pour invoquer l'art. 13.

JACK *et autres* C. LA REINE, 294.

2. Droits de chasse — Chasse sur une propriété privée par un Indien assujetti à un traité — Propriété non munie d'écriteaux — Aucun droit d'accès — The Wildlife Act, R.S.M. 1970, chap. W140 — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930 — Natural Resources Agreement, par. 13.

MCKINNEY C. LA REINE, 401.

LOIS

Modification — Véhicules à moteur — Analyseur d'haleine — Échantillons d'haleine — La disposition exigeant «des échantillons» plutôt qu'«un échantillon» est-elle rétroactive? — Code

LOIS—Suite

criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 235, 236, 237 – Loi de 1975 modifiant le Code criminel, 1974-75-76 (Can.), chap. 93.
R. c. ALI, 221.

LOIS

| | |
|--|------|
| 1.—A.A.N.B., art. 91(2), 92(13), (16), 95..... | 844 |
| <i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i> | |
| 2.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 21 à 36, 91(1)..... | 54 |
| <i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i> | |
| 3.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 91, 92(10)a)..... | 115 |
| <i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i> | |
| 4.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 91(12), 146..... | 294 |
| <i>Voir: INDIENS</i> | |
| 5.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930..... | 401 |
| <i>Voir: INDIENS</i> | |
| 6.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 91(10)..... | 553 |
| <i>Voir: DROIT MARITIME</i> | |
| 7.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 101..... | 695 |
| <i>Voir: TRIBUNAUX</i> | |
| 8.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 91, 91(2), 91(27), 92(13)..... | 914 |
| <i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i> | |
| 9.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 91(27), 92(14)..... | 1077 |
| <i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i> | |
| 10.—Code canadien du travail, S.R.C. chap. L-1, art. 2, 108..... | 115 |
| <i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i> | |
| 11.—Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 2, et art. 108 édicté par 1972 (Can.), chap. 18.... | 433 |
| <i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i> | |
| 12.—Code canadien du travail, art. 108..... | 1031 |
| <i>Voir: RELATIONS DE TRAVAIL</i> | |
| 13.—Code canadien du travail, art. 108..... | 1031 |
| <i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i> | |
| 14.—Code criminel, al. 613(1)b)..... | 158 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 15.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 235, 236, 237..... | 221 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 16.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 235, 236, 237..... | 221 |

Voir: LOIS

LOIS—Suite

| | |
|--|-----|
| 17.—Code criminel, sous-al. 613(1)b)(iii)..... | 321 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 18.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 734, 743(1), (2)..... | 380 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 19.—Code criminel, art. 178.16(5)..... | 400 |
| <i>Voir: PREUVE</i> | |
| 20.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.1(2)..... | 471 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 21.—Code criminel, art. 492, 496..... | 481 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 22.—Code criminel, art. 613(1)b)(iii)..... | 527 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 23.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 720(1), 738(4), 744(1), 748, 752.1, 755, 758, 759, 771..... | 568 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 24.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 233(4)..... | 589 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 25.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 306(1)a)..... | 593 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 26.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 610(1)d)..... | 759 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 27.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 610(1)d)..... | 783 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 28.—Code criminel, art. 178.13, 178.16(4), 326..... | 785 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 29.—Code criminel, art. 178.13, 178.16(4), 326..... | 785 |
| <i>Voir: PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE</i> | |
| 30.—Code criminel, art. 124, 302c)..... | 798 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 31.—Code criminel, art. 659(2)..... | 808 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 32.—Code criminel, art. 178.11(2)a), 178.16(1), 338(1), 423(1)d)..... | 961 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 33.—Code criminel, art. 178.11(2)a), 178.16(1), 338(1), 423(1)d)..... | 961 |
| <i>Voir: PREUVE</i> | |
| 34.—Code criminel, art. 178.1, 178.11(2)a), 178.16(1)..... | 976 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 35.—Code criminel, art. 178.1, 178.11(2)a), 178.16(1)..... | 976 |

Voir: PREUVE

LOIS—Suite

| | |
|---|------|
| 36.—Code criminel, art. 215, 610, 613(1)b(iii). | 1008 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 37.—Code criminel, art. 613(1)b(iii). | 1008 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 38.—Code criminel, art. 440.1 [1974-75-76, chap. 93, art. 43]. | 1053 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 39.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 482c), 488, 489, 499(1), 747c), 748. | 1077 |
| <i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i> | |
| 40.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 236, 237(1)c), f), 771(2), (3). | 1089 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 41.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, mod. par 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 236, 237(1)c)(ii). ... | 1104 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 42.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 16(2), 613(1)d). | 1124 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 43.—Code criminel, 1970, art. 302, 589(1). | 1140 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 44.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 16, 613, 618(1)a). | 1149 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 45.—Code du travail, S.R.Q. 1964, chap. 141 et mod., art. 13, 14, 15, 16. | 536 |
| <i>Voir: DROIT DU TRAVAIL</i> | |
| 46.—Code du travail, S.R.Q. 1964, chap. 141 et mod., art. 13, 14, 15, 16. | 548 |
| <i>Voir: DROIT DU TRAVAIL</i> | |
| 47.—County Court Act, R.S.N.S. 1967, chap. 64. | 1077 |
| <i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i> | |
| 48.—Déclaration canadienne des droits, 1960 (Can.), chap. 44, art. 2c). | 471 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 49.—Déclaration canadienne des droits, 1960 (Can.), chap. 44, art. 1b), d), 2c)(ii). | 821 |
| <i>Voir: PRISONS</i> | |
| 50.—Family Relations Act, 1972 (C.-B.), chap. 20, art. 8. | 2 |
| <i>Voir: MARI ET FEMME</i> | |
| 51.—Farm Products Grades and Sales Act, R.S.O. 1970, chap. 161. | 844 |
| <i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i> | |
| 52.—Insurance Act, R.S.O. 1970, chap. 224, art. 215, 239(1). | 669 |
| <i>Voir: ASSURANCE</i> | |
| 53.—Judicature Act, 1972 (N.-É.), chap. 2. | 1077 |
| <i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i> | |

LOIS—Suite

| | |
|--|------|
| 54.—Labour Relations Act, R.S.O. 1970, chap. 232. | 1031 |
| <i>Voir: RELATIONS DE TRAVAIL</i> | |
| 55.—Labour Relations Act, R.S.O. 1970, chap. 232. | 1031 |
| <i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i> | |
| 56.—Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 16. | 568 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 57.—Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 24(1). | 1089 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 58.—Loi de l'assurance-maladie, L.Q. 1970, chap. 37, art. 12, 13. | 740 |
| <i>Voir: DROIT DU TRAVAIL</i> | |
| 59.—Loi de l'impôt sur la vente en détail, S.R.Q. 1964, chap. 71, art. 30. | 35 |
| <i>Voir: FAILLITE</i> | |
| 60.—Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 12(3). | 350 |
| <i>Voir: DROIT FISCAL</i> | |
| 61.—Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, version modifiée antérieure à 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 11(1)a). | 318 |
| <i>Voir: DROIT FISCAL</i> | |
| 62.—Loi de l'impôt sur les corporations, S.R.Q. 1964, chap. 67 et mod. | 580 |
| <i>Voir: DROIT FISCAL</i> | |
| 63.—Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, modifiée par 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 133(6), 133(8)a), d), 133(9)a), b), 164(3), (4), (5). | 670 |
| <i>Voir: DROIT FISCAL</i> | |
| 64.—Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 153(1)a), (3), 227(4), (5). | 1182 |
| <i>Voir: MISE SOUS SÉQUESTRE</i> | |
| 65.—Loi de la mainmorte, S.R.Q. 1964, chap. 276. | 580 |
| <i>Voir: DROIT FISCAL</i> | |
| 66.—Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, 1970-71-72 (Can.), chap. 48, art. 54(1), 57(1),(2), 58i), 94. | 1218 |
| <i>Voir: EXAMEN JUDICIAIRE</i> | |
| 67.—Loi de 1975 modifiant le Code criminel, 1974-75-76 (Can.), chap. 93. | 221 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 68.—Loi de 1975 modifiant le Code criminel, 1974-75-76 (Can.), chap. 93. | 221 |
| <i>Voir: LOIS</i> | |
| 69.—Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27. | 594 |
| <i>Voir: PRATIQUE</i> | |
| 70.—Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27, art. 6, 25(1). | 914 |
| <i>Voir: ALIMENTS ET DROGUES</i> | |

LOIS—Suite

| | |
|--|------|
| 71.—Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27, art. 6, 25(1)..... | 914 |
| <i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i> | |
| 72.—Loi des compagnies, S.R.Q. 1964, chap. 271, art. 29..... | 580 |
| <i>Voir: DROIT FISCAL</i> | |
| 73.—Loi des régimes supplémentaires de rentes, L.Q. 1965, chap. 25, art. 8..... | 740 |
| <i>Voir: DROIT DU TRAVAIL</i> | |
| 74.—Loi des syndicats professionnels, S.R.Q. 1964, chap. 146, mod. par L.Q. 1965, chap. 51, art. 9, 13a..... | 740 |
| <i>Voir: DROIT DU TRAVAIL</i> | |
| 75.—Loi nationale sur les transports, S.R.C. 1970, chap. N-17, art. 45, 64(2)..... | 319 |
| <i>Voir: CHEMINS DE FER</i> | |
| 76.—Loi sur l'assurance-chômage, 1970-71-72 (Can.), chap. 48, art. 71(2),(3)..... | 1182 |
| <i>Voir: MISE SOUS SÉQUESTRE</i> | |
| 77.—Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 21..... | 316 |
| <i>Voir: EXAMEN JUDICIAIRE</i> | |
| 78.—Loi sur l'expropriation, S.R.C. 1970 (1 ^{re} Supp.), chap. 16, et mod., art. 23, 24..... | 403 |
| <i>Voir: EXPROPRIATION</i> | |
| 79.—Loi sur la Commission d'appel de l'immigration, S.R.C. 1970, chap. I-3 promulgué par 1973-74 (Can.), chap. 27, art. 5..... | 639 |
| <i>Voir: IMMIGRATION</i> | |
| 80.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2 ^e Supp.), chap. 10, art. 28..... | 316 |
| <i>Voir: EXAMEN JUDICIAIRE</i> | |
| 81.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2 ^e Supp.), chap. 10, art. 2, 22(1), 22(2)a), 42, 44..... | 553 |
| <i>Voir: DROIT MARITIME</i> | |
| 82.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2 ^e Supp.), chap. 10, art. 18..... | 602 |
| <i>Voir: COMPÉTENCE</i> | |
| 83.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2 ^e Supp.), chap. 10, art. 31 mod. par 1974-75-76 (Can.), chap. 18, art. 9(2)..... | 639 |
| <i>Voir: IMMIGRATION</i> | |
| 84.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2 ^e Supp.), chap. 10, art. 17(4)..... | 695 |
| <i>Voir: TRIBUNAUX</i> | |
| 85.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2 ^e Supp.), chap. 10, art. 28..... | 1218 |
| <i>Voir: EXAMEN JUDICIAIRE</i> | |
| 86.—Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 70..... | 594 |
| <i>Voir: PRATIQUE</i> | |

LOIS—Suite

| | |
|---|------|
| 87.—Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 41 mod. par 1974-75-76 (Can.), chap. 18, art. 5..... | 639 |
| <i>Voir: APPEL</i> | |
| 88.—Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 2, 107..... | 35 |
| <i>Voir: FAILLITE</i> | |
| 89.—Loi sur la protection de la vie privée, 1973-74 (Can.), chap. 50..... | 976 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i> | |
| 90.—Loi sur la protection de la vie privée, 1973-74 (Can.), chap. 50..... | 976 |
| <i>Voir: PREUVE</i> | |
| 91.—Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, chap. C-38..... | 695 |
| <i>Voir: TRIBUNAUX</i> | |
| 92.—Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation, L.R.N.-B. 1973, chap. S-10, art. 11o)..... | 787 |
| <i>Voir: DROIT FISCAL</i> | |
| 93.—Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1970, chap. C-30, et ses modifications, art. 3, 4, 10, 12, 17, 19..... | 357 |
| <i>Voir: DROIT D'AUTEUR</i> | |
| 94.—Loi sur les assurances, L.R.N.-B. 1973, chap. I-12, par. 142(1)..... | 144 |
| <i>Voir: ASSURANCE</i> | |
| 95.—Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, chap. R-2, art. 2, 271, 272, 274..... | 319 |
| <i>Voir: CHEMINS DE FER</i> | |
| 96.—Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6..... | 1031 |
| <i>Voir: RELATIONS DE TRAVAIL</i> | |
| 97.—Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6..... | 1031 |
| <i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i> | |
| 98.—Loi sur les jeunes délinquants, S.R.C. 1970, chap. J-3, art. 37(3)..... | 80 |
| <i>Voir: APPEL</i> | |
| 99.—Loi sur les langues officielles, S.R.C. 1970, chap. O-2, art. 8..... | 80 |
| <i>Voir: APPEL</i> | |
| 100.—Loi sur les lettres de change, S.R.C. 1970, chap. B-5, art. 167..... | 144 |
| <i>Voir: ASSURANCE</i> | |
| 101.—Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, chap. T-10, art. 2, 12, 18, 49..... | 99 |
| <i>Voir: MARQUES DE COMMERCE</i> | |
| 102.—Loi sur les normes des produits agricoles du Canada, S.R.C. 1970, chap. A-8, art. 3(1), 3(2)a), 13(1)..... | 844 |
| <i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i> | |

LOIS—Fin

- 103.—Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, chap. F-14, art. 19..... 294
Voir: INDIENS
- 104.—Loi sur les pénitenciers, S.R.C. 1970, chap. P-6, art. 29..... 602
Voir: COMPÉTENCE
- 105.—Marine Insurance Act, R.S.O. 1970, chap. 260, art. 23..... 176
Voir: DROIT MARITIME
- 106.—Municipal Act, R.S.O. 1970, chap. 284, art. 14.. 496
Voir: DROIT MUNICIPAL
- 107.—Negligence Act, R.S.O. 1970, chap. 296, art. 2.. 695
Voir: TRIBUNAUX
- 108.—Payment of Wages Act, 1975 (Man.), chap. 21, art. 1h) et 7(1)..... 1182
Voir: MISE SOUS SÉQUESTRE
- 109.—Régime de pensions du Canada, S.R.C. 1970, chap. C-5, art. 24(3),(4)..... 1182
Voir: MISE SOUS SÉQUESTRE
- 110.—Regional Municipality of Ottawa-Carleton Act, R.S.O. 1970, chap. 407, art. 135, 136, 137..... 496
Voir: DROIT MUNICIPAL
- 111.—Registry Act, R.S.N.S. 1967, chap. 265, art. 17, 18..... 423
Voir: HYPOTHÈQUES
- 112.—Trade Union Act, 1972 (Sask.), chap. 137..... 433
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL
- 113.—Warehouse Receipts Act, R.S.B.C. 1960, chap. 404, al. 3(4)b) et art. 14..... 83
Voir: DÉPÔT
- 114.—Wildlife Act, R.S.M. 1970, chap. W140..... 401
Voir: INDIENS

MARI ET FEMME

Divorce – Droit de l'épouse divorcée sur le domicile conjugal – Pouvoirs discrétionnaires du juge de première instance – Révision de la décision du juge de première instance fondée sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire – Family Relations Act, 1972 (C.-B.), chap. 20, art. 8.

HARPER C. HARPER, 2.

MARQUES DE COMMERCE

Usager inscrit – Marque «OFF» – Marque non distinctive – Description elliptique – Confusion avec «BUGG OFF» – Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, chap. T-10, art. 2, 12, 18, 49.

JOHNSON (S.C.) AND SON, LTD. *et autre* C. MARKETING INTERNATIONAL LTD., 99.

MISE SOUS SÉQUESTRE

Revenu – Déductions du salaire prévues par trois lois fédérales – Déductions faites par la compagnie débitrice sur le salaire payé – Fonds non remis ni gardés à part – Nomination d'un séquestre – Salaire gagné avant la nomination payé par le séquestre conformément à The Payment of Wages Act du Manitoba – Salaire payé moins déductions – Aucun versement par le séquestre des montants déduits – Priorité des réclamations entre Sa Majesté et le créancier garanti – The Payment of Wages Act, 1975 (Man.), chap. 21, art. 1h) et 7(1) – Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 153(1)a), (3), 227(4),(5) – Régime de pensions du Canada, S.R.C. 1970, chap. C-5, art. 24(3),(4) – Loi sur l'assurance-chômage, 1970-71-72 (Can.), chap. 48, art. 71(2),(3).

DAUPHIN PLAINS CREDIT UNION LTD. C. XYLOID INDUSTRIES LTD., 1182.

PRATIQUE

Cour suprême du Canada – Action en jugement déclaratoire – Pouvoir de la Cour de surseoir aux procédures jusqu'à ce que le pourvoi soit tranché – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 70 – Règles de la Cour suprême, règle 126 – Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27.

BRASSERIES LABATT DU CANADA LTÉE C. PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA, 594.

PREUVE

1. La Cour d'appel a été induite en erreur par la fausse affirmation contenue dans l'avis d'appel relativement au titre de propriété – Requête visant la production de nouveaux éléments de preuve – Requête accordée – Une partie n'a pas révélé les faits réels – Attente de bonne foi de la part des avocats et procureurs.

HARPER C. HARPER, 2.

2. Ecoute électronique – Conversation entre conjoints interceptée par la police – Communications privées entre personnes qui n'étaient pas spécifiquement désignées dans l'ordonnance autorisant l'interception – Inadmissibilité – Code criminel, art. 178.16(5).

R. C. JEAN *et autre*, 400.

3. Ecoute électronique – Interception non autorisée – Consentement ex post facto – Code criminel, art. 178.11(2)a), 178.16(1), 338(1), 423(1d).

ROSEN C. LA REINE, 961.

4. Interception – Conversations interceptées de consentement – Conversation en personne – Conversation téléphonique – Admissibilité – Caractère volontaire du consentement – Preuve du consentement – Code criminel, art. 178.1, 178.11(2)a), 178.16(1) – Loi sur la protection de la vie privée, 1973-74 (Can.), chap. 50.

GOLDMAN C. LA REINE, 976.

PRISONS

Censure du courrier des prisonniers – Droit des détenus de communiquer en confidence avec leurs avocats – Privilège entre avocat et client – Détenu ne réussissant pas à établir son droit à un jugement déclaratoire – Règlement sur le service des pénitenciers, DORS/62-90 – Déclaration canadienne des droits, 1960 (Can.), chap. 44, art. 1b), d), 2c)(ii).

SOLOSKY C. LA REINE, 821.

PROCUREUR

Agissant pour les deux parties à la transaction – A éviter en cas de difficultés éventuelles.

MCCAULEY C. McVEY *et autres*, 165.

PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

Interception de communications privées – Admissibilité de la preuve – Code criminel, art. 178.13, 178.16(4), 326.

CHARETTE C. LA REINE, 785.

RELATIONS DE TRAVAIL

1. Arbitrage – Contrôle judiciaire – Critère de révision judiciaire – Grief – Ambiguïté – Preuve extrinsèque – Nature de l'arbitrage – A-t-il été choisi par les parties ou autrement imposé? – Convention collective – Raison valable de s'absenter du travail – L'arbitre a-t-il répondu à la bonne question?

VOLVO CANADA LTD. C. T.U.A., LOCAL 720, 178.

2. Grève – «Sick-in» équivalant à une grève – Arbitrage de griefs – Contrôle judiciaire – Le Président du comité d'entreprise libéré de ses fonctions de production – S'agit-il d'un «employé»?

DOUGLAS AIRCRAFT CO. OF CANADA LTD. C. MCCONNELL *et autres*, 245.

3. Indiens – Répartition du pouvoir législatif – Compagnie provinciale de fabrication sur une réserve indienne en vertu

RELATIONS DE TRAVAIL.—Fin

d'un permis – Propriété de membres d'une bande indienne employant principalement des membres de la bande – Accréditation du syndicat par la Commission des relations de travail de l'Ontario – The Labour Relations Act, R.S.O. 1970, chap. 232 – Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6 – Code canadien du travail, art. 108.

FOUR B MANUFACTURING LTD. C. TRAVAILLEURS UNIS DU VÊTEMENT D'AMÉRIQUE *et autre*, 1031.

TÉMOINS

Auto-instruction erronée sur le droit – Opportunité pour les témoins de se référer aux principes de droit qui ressortiraient de décisions précises des cours.

R. C. BARNIER, 1124.

TESTAMENTS

Interprétation – Règle de Howe v. Earl of Dartmouth – Applicabilité aux biens immobiliers – Obligation des fiduciaires.

LOTTMAN *et autre* C. STANFORD *et autre*, 1065.

TRIBUNAUX

1. Cour fédérale – Compétence – Procédures de mise en cause intentées par Sa Majesté – Non fondées sur le droit fédéral – Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 101 – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 17(4) – Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, chap. C-38 – The Negligence Act, R.S.O. 1970, chap. 296, art. 2.

R. C. THOMAS FULLER CONSTRUCTION CO. (1958) LTD. *et autre*, 695.

2. Pratique – Abandon de l'appel pour cause de retard – Règles de la Cour suprême du Canada, règle 59.

ADEGBOLA C. RIVARD *et autre*, 758.

Published by/Publié par

BERNARD C. HOFLEY, Q.C./c.r.

The Registrar, Supreme Court of
Canada

Registraire de la Cour suprême du
Canada

MILLS SHIPLEY, B.A., LL.B., B.L.S.
Deputy Registrar/Registraire adjoint

Editors/Arrêtistes

JOHN J. YOUNG, B.L.

RÉJEAN PATRY, B.A., LL.L., LL.M.

Chief Revisor/Réviseur en chef

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

Editorial Assistants/Adjoints à l'édition

MADO MAINVILLE-CÔTÉ
MARIELLE BEAULIEU

Changes of address for subscriptions to the
Supreme Court Reports should be referred to
Publishing Centre, Printing and Publishing,
Supply and Services Canada, Hull, Quebec,
Canada, K1A 0S9, together with the old
address.

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour
suprême du Canada doivent adresser tout
changement d'adresse au Centre d'édition,
Imprimerie et Édition, Approvisionnements et
Services Canada, Hull, Québec, Canada,
K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

Queen's Printer for Canada, Ottawa 1980.

Imprimeur de la Reine, pour le Canada,
Ottawa 1980.

CONTENTS

| | |
|----------------------------|-------|
| Title Page | i |
| List of Judges | ii |
| Errata | iv |
| Motions | v |
| Table of Judgments | xv |
| Table of Cases Cited | xxiii |
| Index | 1219 |

Cooper v. The Queen..... 1149

Criminal law – Non-capital murder –
Defence of insanity not pleaded but put to the
jury by trial judge – “Disease of the mind” –
“Appreciating the nature and quality of an
act or omission” – Charge to the jury –
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 16,
613, 618(1)(a).

Cornish-Hardy v. Board of Referees (Unemployment Insurance Act, 1971) ... 1218

Judicial review – Unemployment insurance –
Application for remission of unduly paid benef-
its – No right of appeal from the decision of
the Unemployment Insurance Commission on
this application – Unemployment Insurance
Act, 1971, 1970-71-72 (Can.), c. 48, ss.
54(1), 57(1),(2), 58i), 94 – Unemployment
Insurance Regulations, SOR/71-324, s. 175 –
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.),
c. 10, s. 28.

Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. Xyloid Industries Ltd. 1182

Receivership – Revenue – Deductions from
wages prescribed by three federal statutes –
Deductions effected by debtor company on
wages paid – Funds not remitted nor kept
separate – Appointment of receiver – Wages
earned prior to appointment paid by receiver
pursuant to Payment of Wages Act of
Manitoba – Wages paid less deductions – No
remittance by receiver of amount deducted –
Priority of claims as between Crown and
secured creditor – The Payment of Wages
Act, 1975 (Man.), c. 21, ss. 1(h), 7(1) –
Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, s.
153(1)(a), (3), 227(4), (5) – Canada Pension
Plan, R.S.C. 1970, c. C-5, s. 24(3), (4) –
Unemployment Insurance Act, 1970-71-72
(Can.), c. 48, s. 71(2), (3).

Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America et al. 1031

Labour relations – Indians – Distribution of
legislative authority – Provincial corporation
manufacturing on Indian reserve under
permit – Owned by Indian Band members
and employing mainly Band members – Cer-
tification of union by Provincial Labour Re-
lations Board – The Labour Relations Act,

SOMMAIRE

| | |
|-------------------------------|-------|
| Page titre | i |
| Liste des Juges | iii |
| Errata | iv |
| Requêtes | v |
| Table des Jugements | xix |
| Table des Causes citées | xxiii |
| Index | 1229 |

Cooper c. La Reine 1149

Droit criminel – Meurtre non qualifié –
Défense d'aliénation mentale non plaidée
mais soumise au jury par le juge du procès –
«Maladie mentale» – «Juger la nature et la
qualité d'un acte ou d'une omission» – Exposé
au jury – Code criminel, S.R.C. 1970, chap.
C-34, art. 16, 613, 618(1)a).

Cornish-Hardy c. Conseil arbitral (Loi de 1971 sur l'assurance-chômage)..... 1218

Examen judiciaire – Assurance-chômage –
Demande de remise de prestations indûment
versées – Pas de droit d'appel de la décision
de la Commission d'assurance-chômage sur
cette demande – Loi de 1971 sur l'assurance-
chômage, 1970-71-72 (Can.), chap. 48, art.
54(1), 57(1),(2), 58i), 94 – Règlement sur
l'assurance-chômage, DORS/71-324, art.
175 – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970
(2^e Supp.), chap. 10, art. 28.

Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. Xyloid Industries Ltd. 1182

Mise sous séquestre – Revenu – Déductions
du salaire prévues par trois lois fédérales –
Déductions faites par la compagnie débitrice
sur le salaire payé – Fonds non remis ni
gardés à part – Nomination d'un séquestre –
Salaire gagné avant la nomination payé par le
séquestre conformément à The Payment of
Wages Act du Manitoba – Salaire payé
moins déductions – Aucun versement par le
séquestre des montants déduits – Priorité des
réclamations entre Sa Majesté et le créancier
garanti – The Payment of Wages Act, 1975
(Man.), chap. 21, art. 1h) et 7(1) – Loi de
l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.),
chap. 63, art. 153(1)a), (3), 227(4),(5) –
Régime de pensions du Canada, S.R.C. 1970,
chap. C-5, art. 24(3),(4) – Loi sur l'assu-
rance-chômage, 1970-71-72 (Can.), chap. 48,
art. 71(2),(3).

Four B Manufacturing Ltd. c. Travail- leurs unis du vêtement d'Amérique et autre 1031

Relations de travail – Indiens – Répartition
du pouvoir législatif – Compagnie provinciale
de fabrication sur une réserve indienne en
vertu d'un permis – Propriété de membres
d'une bande indienne employant principale-
ment des membres de la bande – Accrédita-
tion du syndicat par la Commission des rela-

Continued on inside back cover

Suite à la page 3 de la couverture

CONTENTS (Continued)

R.S.O. 1970, c. 232 – Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6 – Canada Labour Code, s. 108.

Constitutional law – Indians – Indian owned provincial company manufacturing on Indian reserve – Employees largely Band members – The Labour Relations Act, R.S.O. 1970, c. 232 – Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6 – Canada Labour Code, s. 108.

Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)..... 1105

Colleges and universities – University president ordering suspension of faculty member – Appeal to Board of Governors – Appellant's withdrawal following conclusion of hearing by Board – Further facts given to Board by president in absence of appellant – Breach of natural justice – Failure to observe rule expressed in maxim *audi alteram partem*.

Lottman et al. v. Stanford et al. 1065

Wills – Construction – Rule in *Howe v. Earl of Dartmouth* – Applicability to realty – Duty of trustees.

Trusts and trustees – Conversion of real property of residue – Rule in *Howe v. Earl of Dartmouth* – Duty of trustees.

Luckett v. The Queen 1140

Criminal law – Indictment for robbery – Conviction for common assault – Offence of common assault included in that of robbery as described in the enactment creating it – Criminal Code, 1970, ss. 302, 589(1).

Perry v. The Queen 1104

Criminal law – Driving with more than 80 mgs of alcohol in blood – Breathalyzer – Meaning of “with an interval of at least fifteen minutes between the time when the samples were taken” – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, as am. by 1974-75-76 (Can.), c. 93, ss. 236, 237(1)(c)(ii).

R. v. Barnier 1124

Criminal law – Murder – Defence of insanity – Meanings of the words “appreciating” and “knowing” in s. 16(2) of Criminal Code distinct and separate – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 16(2), 613(1)(d).

Witnesses – Self-misdirection as to the law – Propriety of reference by witnesses to the law as it is said to be enunciated in specific judgments of the courts.

Continued on back cover

SOMMAIRE (Suite)

tions de travail de l'Ontario – The Labour Relations Act, R.S.O. 1970, chap. 232 – Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6 – Code canadien du travail, art. 108.

Droit constitutionnel – Indiens – Compagnie provinciale de fabrication propriété d'Indiens sur une réserve indienne – La plupart des employés membres de la bande – The Labour Relations Act, R.S.O. 1970, chap. 232 – Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6 – Code canadien du travail, art. 108.

Kane c. Conseil d'administration (Université de la Colombie-Britannique)..... 1105

Collèges et universités – Président de l'université ordonnant la suspension d'un professeur – Appel au conseil d'administration – Départ de l'appelant après la conclusion de l'audition du conseil – Faits additionnels fournis au conseil par le président en l'absence de l'appelant – Violation de la justice naturelle – Inobservation de la règle exprimée dans la maxime *audi alteram partem*.

Lottman et autre c. Stanford et autre..... 1065

Testaments – Interprétation – Règle de *Howe v. Earl of Dartmouth* – Applicabilité aux biens immobiliers – Obligation des fiduciaires.

Fiducies et fiduciaires – Réalisation des biens-fonds du reliquat – Règle de *Howe v. Earl of Dartmouth* – Obligation des fiduciaires.

Luckett c. La Reine 1140

Droit criminel – Acte d'accusation de vol qualifié – Déclaration de culpabilité de voies de fait simples – Infraction de voies de fait simples comprise dans celle de vol qualifié telle que décrite dans la disposition qui la crée – Code criminel, 1970, art. 302, 589(1).

Perry c. La Reine 1104

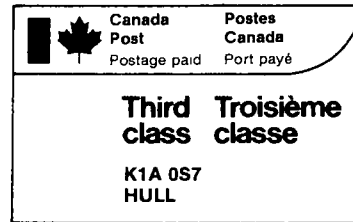
Droit criminel – Conduite avec plus de 80 mg d'alcool dans le sang – Alcootest – Sens de «le second l'ayant été au moins quinze minutes après le premier» échantillon – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, mod. par 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 236, 237(1)(c)(ii).

R. c. Barnier 1124

Droit criminel – Meurtre – Défense d'aliénation mentale – Signification indépendante et distincte des mots «juger» et «savoir» à l'art. 16(2) du Code criminel – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 16(2), 613(1)(d).

Témoins – Auto-instruction erronée sur le droit – Opportunité pour les témoins de se référer aux principes de droit qui ressortiraient de décisions précises des cours.

Suite à la page 4 de la couverture



If undelivered, return COVER ONLY to:
 Canadian Government Printing Office,
 Supply and Services Canada,
 45 Sacré-Coeur Boulevard,
 Hull, Québec, Canada, K1A 0S7

En cas de non-livraison,
 retourner cette **COUVERTURE SEULEMENT** à:
 Imprimerie du gouvernement canadien,
 Approvisionnement et Services Canada,
 45, boulevard Sacré-Coeur,
 Hull, Québec, Canada, K1A 0S7

CONTENTS (Concluded)

SOMMAIRE (Fin)

R. v. Crosthwait..... 1089

Criminal law – Motor vehicles – Breathalyzer – Evidence – Certificate of analysis – Rebuttable presumption – Conclusive evidence ‘in the absence of any evidence to the contrary’ – Evidence required to constitute ‘evidence to the contrary’ – ‘Mere possibility of inaccuracy’ insufficient – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 236, 237(1)(c), (f), 771(2), (3) – Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 24(1).

R. c. Crosthwait..... 1089

Droit criminel – Véhicules à moteur – Alcool-test – Preuve – Certificat d’analyse – Présomption simple – Preuve concluante «en l’absence de toute preuve contraire» – Preuve requise pour constituer une «preuve contraire» – Insuffisance du «simple risque d’inexactitude» – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 236, 237(1)c), f), 771(2), (3) – Loi d’interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 24(1).

R. v. Krannenburg..... 1053

Criminal law – Failure of Court to proceed with case at appointed time and place – Resulting loss of jurisdiction – Jurisdiction over offence not saved by curative section of Code – Criminal Code, s. 40.1 [en. 1974-75-76, c. 93, s. 43].

R. c. Krannenburg..... 1053

Droit criminel – Défaut de la Cour d’entendre une affaire à l’heure et à l’endroit fixés – Perte de juridiction consécutive – Juridiction sur l’infraction non protégée par l’article correctif du Code – Code criminel, art. 440.1 [1974-75-76, chap. 93, art. 43].

R. v. Thompson..... 1063

Criminal law – Court clerk unable to locate informations on date of scheduled appearance – No action taken by Court on charges – Informations later located elsewhere with another magistrate – Accused summoned to appear at later date – Objection taken to jurisdiction of Court – Loss of jurisdiction.

R. c. Thompson..... 1063

Droit criminel – Greffier incapable de trouver les renseignements sur la date de comparution prévue – Aucune mesure prise par la cour eu égard aux accusations – Dénonciations trouvées plus tard entre les mains d’un autre magistrat – Accusé sommé de comparaître à une date postérieure – Contestation de la juridiction de la cour – Perte de juridiction.

Ritcey et al. v. The Queen..... 1077

Constitutional law – Jurisdiction of judges – Criminal Code cases – Action by County Court Judge after his retirement – County Court Act, R.S.N.S. 1967, c. 64 – Judicature Act, 1972 (N.S.), c. 2 – British North America Act, s. 91(27), 92(14) – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 482(c), 488, 489, 499(1), 747(c), 748.

Ritcey et autres c. La Reine..... 1077

Droit constitutionnel – Juridiction des juges – Affaires du Code criminel – Acte d’un juge de Cour de comté après sa retraite – County Court Act, R.S.N.S. 1967, chap. 64 – Judicature Act, 1972 (N.-É.), chap. 2 – Acte de l’Amérique du Nord britannique, art. 91(27), 92(14) – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 482c), 488, 489, 499(1), 747c), 748.